Die Partei kraft Amtes

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität

zu Erlangen

vorgelegt von

Arthur Nordmann, Referendar aus Hamburg

Tag der mündlichen Prüfung: 15. November 1930

Druck: Westholsteinische Verlagsdruckerei, Heider Anzeiger G. m. b. H.,
Heide in Holstein

31:287

Dekan: Prof. Dr. Max Wenzel.

Referent: Universitäts-Professor Dr. jur. Friedrich Lent.

Inhalts-Verzeichnis.

§ 1: **Einleitung.**

I. Teil:

Untersuchungen über die rechtliche Stellung der als Parteien kraft Amtes bezeichneten Vermögensverwalter an Hand der Frage: Ist die vom Gesetz vorgesehene Kostenregelung mit der Annahme einer Parteistellung der Verwalter vereinbar?

§ 2: I. **Die Anschauung, daß die Verwalter im Falle des Unterliegens mit ihrem persönlichen Vermögen für die Kosten haften.**

§ 3: II. **Die Haftung „mit dem verwalteten Vermögen".**

§ 4: III. **Die Unterscheidung nach formeller und materieller Parteistellung.**

§ 5: IV. **Die interessierte Partei.**

§ 6: 1. Wie ist die Wirksamkeit der Verwalterhandlungen in der Person der Vermögensträger zu erklären?

§ 7: 2. Stellvertretendes Handeln und Vertretungsmacht.

§ 8: 3. Gründe der Amtstheorie, die zu der Annahme zwingen sollen, die Rechtsordnung habe die Stellung der fraglichen Verwalter nicht mit Vertretungsmacht, sondern mit einer umfassenderen Rechtsmacht ausstatten wollen.

A. Gründe, die gegen die Vertreterstellung aller dieser Sondergutsverwalter angeführt werden.

a) Interessenwahrung und Stellvertretung.

§ 9: b) Der Wille des Vertretenen.

§ 10: c) Handeln die Verwalter im eigenen oder fremden Namen?

α) Die Vermutung für das Handeln im fremden Namen.

β) Die Bestätigung der Vermutung durch die Erkenntnis, daß niemand in der Lage ist, eine andere Person durch eine im eigenen Namen vorgenommene Handlung zu verpflichten.

§ 11: d) Spricht der Umstand, daß den Vermögensinhabern die Verfügungsbefugnis entzogen ist, gegen die Vertretertheorie?

§ 12: e) Rückblick.

B. Besondere Einwände gegen die Vertreterstellung des Testamentsvollstreckers und des Konkursverwalters.

§ 13: a) Ist der Testamentsvollstrecker gesetzlicher Vertreter?

§ 14: b) Die Möglichkeit der Prozeßführung zwischen Testamentsvollstrecker und Erben.

§ 15: c) Die Klagenhäufung des § 2213 BGB.

§ 16: d) Die Bedeutung des § 327 ZPO.

§ 17: e) Die Rechtsstellung des Konkursverwalters in bezug auf das gemäß § 36 KO. von ihm auszuübende Anfechtungsrecht.

§ 18: V. **Ergebnis: Die Verwalter sind nicht „Parteien kraft Amtes", sondern gesetzliche Vertreter der Inhaber des von ihnen verwalteten Sondergutes.**

II. Teil:

Die Bestätigung des gefundenen Ergebnisses durch die Tatsache, daß weitere wichtige, für die Partei aufgestellte Vorschriften der ZPO. mit der Parteistellung der Verwalter unvereinbar sind.

§ 19: I. **Das Armenrecht.**

§ 20: II. **Die sich aus den Bestimmungen der §§ 41, 383, 408 und 13 ZPO. ergebenden Fragen.**

§ 21: III. **Die Fragen der Rechtskrafterstreckung.**

§ 22: **Schlußbetrachtung.**

Literatur-Verzeichnis.

Arnold:	Der Testamentsvollstrecker. Diss. München 1902.
Binder:	Erbrecht, 1923.
—	Die Rechtsstellung des Erben nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch, 1905.
Bleyer:	Kommentar zur Konkursordnung, 3. Aufl.
Bittner:	Wer ist in den Prozessen, welche durch den Konkursverwalter aktiv oder passiv geführt werden, als Partei zu bezeichnen? Diss. Leipzig 1912.
Bunsen:	Die Parteien im Zivilprozeß, in Buschs Zschr. f. den deutschen Ziv. Proz. Bd. 26, S. 197 ff.
Eck-Leonhard:	Vorträge über das Recht des BGB.
Enck, Paul:	Die Rechtsstellung des Testamentvollstreckers. Diss. Marburg, 1925.
Enneccerus:	Lehrbuch des bürgerl. Rechts, 18.—21. Aufl.
Dernburg:	Das Sachenrecht des Deutschen Reichs und Preußens. 4. Aufl. 1908.
Fischer:	Recht und Rechtsschutz, 1898.
Fischer-Schäfer:	Die Gesetzgebung betreffend die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen im Reiche und in Preußen, 2. Aufl.
Fischer-Henle:	Das Bürgerliche Gesetzbuch nebst Einführungsgesetzen, 12. Auflage.
Fischbach:	Die Rechtsstellung des Konkursverwalters. Diss. Greifswald 1921.
Förster-Kann:	Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 3. Aufl.
Füllenbach:	Die rechtliche Stellung des Testamentvollstreckers in den von ihm geführten Rechtsstreitigkeiten u. die Wirkg. seines Todes auf diese. Diss. Münster 1911.
Freudenheim:	Die rechtliche Stellung des Testamentsvollstreckers. Diss. Erlangen, 1899.
Hahr:	Der Parteibegriff im heutigen Zivilprozeß. Diss. Heidelberg, 1909.
Hellwig:	System des deutschen Zivilprozesses. Leipzig 1912.
—	Anspruch und Klagerecht 1900.
Heilfron:	Lehrbuch des Konkursrechts 1905.
Hupka:	Die Vollmacht 1900.
Jaeger:	Kommentar zur Konkursordnung, 3.—4., 5. und 6.—7. Auflage.
—	in L. Z. 1910, S. 153.
Jensen, Jens:	Die Stellung des Testamentsvollstreckers im Prozeß und in der Zwangsvollstreckung. Diss. Rostock 1921.
Jaeckel-Güthe:	Kommentar zum Zwangsversteigerungsgesetz Berlin 1929, 6. Aufl
Kohler:	Gesammelte Beiträge zum Zivilprozeß. 1894.
Lent, Friedr.:	Die Rechtsprechung des Reichsgerichts über die prozessuale Stellung des Konkursverwalters. Festgabe der jur. Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts. Berlin und Leipzig 1929.

Lippmann: Die rechtliche Stellung des Konkursverwalters Jherings Jahrb. für die Dogmatik des bürgerl. Rechts, Bd. 41.
Leonhard: Erbrecht, Komm. 1912.
Marschner: Die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers im Prozeß und in Zwangsvollstreckung, Diss. Erlangen, 1904.
Matthes: Der Konkursverwalter als Partei in den durch ihn geführten Prozessen. Diss. Breslau 1911.
Maenner: Die rechtliche Stellung des Zwangsverwalters.
— Die rechtliche Stellung des Konkursverwalters, Testamentvollstreckers und Nachlaßverwalters in L. Z. 1916. S. 513 ff. und S. 780 ff.
Oetker: Konkursrechtliche Probleme, in ZZP. Bd. 25.
— in Jur. Lit. Bl. Bd. 2.
Patzelt: Die rechtliche Stellung des Testamentvollstreckers nach dem gem. und nach dem bürgerl. Recht, Diss. Greifswald 1904.
Petersen-Kleinfeller: Komm. zur Konkursordnung, 4. Aufl.
Petersen: Parteibegriff und Parteifähigkeit, in ZZP. Bd. 18.
Von der Pfordten: Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangverwaltung 1904.
Petersen: Im Sächsischen Archiv für Bürgerliches Recht und Prozeß, Bd. I. S. 30, 1891.
Planck: Kommentar BGB. 4. Aufl.
Reinhard-Müller: Das Zwangsversteigerungsgesetz 2. Aufl. 1929.
Reichsgerichtsräte-Kommentar zum BGB. 6. Aufl.
Rosenberg: Stellvertretung im Prozeß, Berlin 1908.
Schmidt: Lehrb. des deutsch. Zivilprozesses, 2. Aufl. 1906.
Schott: Das Armenrecht der deutschen Zivilprozeß-Ordnung, Jena 1906.
Siber: Die Prozeßführung des Vermögensverwalters. Festgabe für Wach 1918.
— Das Verwaltungsrecht an fremdem Vermögen im Deutschen Bürgerl. Gesetzbuch. Jherings Jahrb. Bd. 67.
Stein: Komm. Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 10. und 14. Aufl.
— Grundriß des Zivilprozeßrechts und des Konkursrechts. 2. Aufl.
Staudinger: Komm. zum Bürgerl. Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 9. Aufl.
Stegemann: Parteien im Prozeß, ZZP. Bd. 17, S. 326 ff.
von Spreckelsen: Der Begriff des privatrechtlichen Amtes unter besonderer Berücksichtigung der Testamentsvollstreckung. In den Studien zur Erläuterg. des bürgerl. Rechts, Breslau 1927.
Sarvey-Boßert: Komm. zur Konkursordnung, 4. Aufl.
Seuffert: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 11. Aufl.
Siegert: Die rechtliche Natur und Stellung des Testamentvollstreckers. Diss. Leipzig 1903.
Schultze, Alfr.: Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht, Jherings Jahrb. S. 1 ff. Bd. 43.
von Tuhr: Der allg. Teil des deutschen bürgerl. Rechts 1918.
Voss: Die Konkursmasse als Empfängerin des ihr nach § 37 KO. Zurückzugewährenden. In L. Z. 1911 S. 354 ff.
Weber: Die prozessuale Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers, Diss. Erlangen 1909.
Wendland: Das Armenrecht der „Vertreter kraft Amtes" in J. W. Bd. 26, S. 755 ff.
Wolff: Das Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, Berlin 3. Aufl.

Entscheidungen und Zeitschriften.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Die Rechtssprechung der Oberlandesgerichte, zit. ROLG.
Warneyer, Jahrbuch der Entscheidungen, zit. RG. Warn. E.
Seuffert, Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.
Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht.
Juristische Wochenschrift.
Busch's Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß.
Gruchots Beiträge zur Erläuterung des preußischen Rechts durch Theorie und Praxis.
Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts.
Archiv für zivilistische Praxis.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548605_0029

§ 1.

Einleitung.

Die Frage, ob die in der Praxis und vielfach in der Literatur als „Partei kraft Amtes" bezeichneten Personen wirklich Parteien sind, oder ob ihre prozessuale Rechtsstellung nur mit der Annahme einer Stellvertretung erklärt werden kann, ist nur eine Seite der umfassenderen Frage: wie ist das gesamte Wirken dieser Personen rechtlich zu beurteilen? Der Begriff der Partei ist lediglich ein prozeßrechtliches Gebilde, mit der Bezeichnung „Partei kraft Amtes" ist daher noch nichts darüber ausgesagt, wie materiell-rechtlich ihre Stellung aufzufassen sei.

Auch hier gehen die Meinungen auseinander. Nach der in der Praxis herrschenden Anschauung sind die in Betracht kommenden Personen Träger eines Amtes, denen die Legitimation zur Ausübung der ihnen übertragenen Funktionen unmittelbar vom Gesetz verliehen ist[1]). Demgegenüber wird in der Wissenschaft zähe die Meinung verteidigt, daß das positive Recht dazu zwinge, sie als gesetzliche Vertreter natürlicher oder juristischer Personen aufzufassen[2]).

In aller Regel wird die Rechtsstellung der fraglichen Sondergutsverwalter insofern einheitlich beurteilt, als diejenigen, die in ihnen Amtsträger erblicken, auch ihre Stellung im Prozeß aus dem

---

[1]) Vgl. RG. Bd. 29 S. 29, Bd. 80 S. 418, Bd. 65 S. 287.
Stegemann, ZZP. Bd. 17 S. 330ff.
Bunsen, ZZP. Bd. 26 S. 253 ff.
Stein, Grundriß, S. 112.
v. Spreckelsen, Der Begriff des privatrechtlichen Amtes.

[2]) Vgl. Jaeger, KO. 6/7. Aufl. § 6 Anm. 6.
Lent, a. a. O. S. 275.
Staudinger, 9. Aufl. Bemerk. zu §§ 2197—2202 I F 2 Fußnote.
„ § 1975 IV A d.
Maenner, L. Z. 1916 S. 504 ff.
Reinhard-Müller, a. a. O. § 152 Anm. 1.

Amte heraus erklären und ihnen demgemäß Parteistellung kraft Amtes zuweisen. Andererseits suchen auch die Gegner dieser Anschauung die Vertretertheorie für Zivil- und Prozeßrecht einheitlich durchzuführen. Das ist nur folgerichtig und hängt damit zusammen, daß es auf beiden Rechtsgebieten nur einen einheitlichen Begriff der Stellvertretung gibt [3]). Diesem Begriff ist wesentlich das Handeln im fremden Namen [4]). Da nun die Partei im eigenen Namen handelt, so würde es zu Widersprüchen führen, wenn jemand außerhalb des Prozesses als Vertreter, im Prozeß aber als Partei behandelt würde. Das wird deutlich in den Fällen, in denen eine Prozeßhandlung gleichzeitig materiell-rechtliche Wirkungen äußert, z. B. bei der Anfechtung, Aufrechnung und Wandlung. Eine und dieselbe Erklärung müßte hier außerhalb des Prozesses im fremden, im Prozeß aber im eigenen Namen abgegeben werden. Die Unnatur einer solchen Unterscheidung wird offenbar, wenn man bedenkt, daß das Prozeßführungsrecht im engsten Zusammenhang mit dem allgemeinen, vom Gesetz übertragenen Verwaltungsrecht steht, ja, z. B. im Falle der Konkursverwaltung als in diesem enthalten angesehen werden muß.[5]). Hier ist es undenkbar, die abgeleitete Prozeßführungsbefugnis anders zu erklären, als das Gesamtverwaltungsrecht selbst [6]).

Infolge der Verkettung beider Seiten des Problems ist es unerläßlich, im folgenden auch auf das materielle Recht einzugehen, jedoch nur insoweit, als die Verbundenheit beider Fragen dazu zwingt. Eine erschöpfende Erörterung der materiell-rechtlichen Fragen muß dagegen unterbleiben, da sie über den Rahmen dieser Arbeit hinausgehen würde.

Den Gegenstand der nachstehenden Ausführungen bildet die Untersuchung, ob die Annahme einer Parteistellung der fraglichen Personen mit den wesentlichen Vorschriften der ZPO. vereinbar ist. Die Frage der Unvereinbarkeit entsteht natürlich nur hinsichtlich derjenigen Gesetzesbestimmungen, die ausschließlich die Partei betreffen, nur diese Vorschriften sind daher für die Untersuchung wesentlich [7]).

Am heftigsten umstritten ist die Parteistellung des Konkursverwalters, des Testamentsvollstreckers, des Zwangs- und Nachlaß-

---

[3]) Matthes, a. a. O. S. 5 u. 7 ff.
Lent, a. a. O., S. 286 § 2 I.

[4]) Fischer-Henle, a. a. O. § 164 Vorbem.
Enneccerus, 18.—21. Aufl., Allgem. Teil, § 166 I 1 b.

[5]) Vgl. S. 8 Anm. 1.

[6]) Lent, S. 288 ff.

[7]) Jaeger, 3.—4. Aufl. § 6 Anm. 7.

verwalters. Auf diese Fälle soll sich die Untersuchung beschränken, denn nach eingehender Behandlung dieser wichtigsten der sogenannten Parteien kraft Amtes bietet die Beurteilung der übrigen Fälle keine Schwierigkeiten mehr, da die gewonnenen Ergebnisse sich dann ohne weiteres als Schlüssel zu ihrer richtigen Würdigung verwerten lassen.

Das Gesetz hat die Stellung der hier in Betracht kommenden Sondergutsverwalter im einzelnen verschieden ausgestattet, so daß eine einheitliche Beantwortung der aufgeworfenen Fragen nicht immer möglich ist. Die Grundfragen sind jedoch in allen Fällen die gleichen, und es ist allgemein anerkannt, daß die Rechtsstellung aller dieser Verwalter juristisch im wesentlichen gleich zu beurteilen ist[8]).

Verfasser hat davon abgesehen, das Problem „Partei oder Vertreter?" zunächst allgemein, d. h. losgelöst von einem konkreten Fall, zu behandeln. Im Interesse der Darstellung schien es vielmehr angezeigt, von einer ganz bestimmten Frage, der Frage nach den Prozeßkosten, auszugehen, weil sie zwingend in die Probleme hineinführt. Mit ihrer Beantwortung ist dann zugleich ein fester Ausgangspunkt für die Lösung der übrigen Fragen gewonnen.

[8]) Lent, S. 290.
v. Spreckelsen, a. a. O. S. 90.

I. Teil.

Untersuchungen über die rechtliche Stellung der als Parteien kraft Amtes bezeichneten Vermögensverwalter an Hand der Frage: Ist die vom Gesetz vorgesehene Kostenregelung mit der Annahme einer Parteistellung der Verwalter vereinbar?

§ 2.

I. Die Anschauung, daß die Verwalter im Falle des Unterliegens mit ihrem persönlichen Vermögen für die Kosten haften.

Nach § 91 ZPO. hat die unterliegende Partei die Kosten des Rechtsstreites zu tragen. Die von den Gegnern der Amtstheorie als Konsequenz aus der Parteistellung der genannten Vermögensverwalter bezeichnete Auffassung, daß demnach die „Partei kraft Amtes" persönlich kostenpflichtig sei, wird jedoch von den Verfechtern der Amtstheorie nur vereinzelt geteilt. So haben Kohler [1]) und Marschner [2]) die Kostenpflicht des Testamentsvollstreckers bejaht, und in gleicher Weise hat das Bayerische Oberste Landesgericht zur Frage der Kostenpflicht des Konkursverwalters Stellung genommen [3]). Nach der angezogenen Entscheidung ist der Konkursverwalter selbst Gebührenschuldner, und seine Kostenpflicht soll durch den Mangel an Masse nicht berührt werden; es wird vielmehr ausdrücklich als Folgerung aus der Parteistellung des Konkursverwalters bezeichnet, daß er für die Prozeßkosten mit seinem eigenen Vermögen einzustehen habe.

---

[1]) Kohler, Gesammelte Beiträge zum Zivilprozeß, S. 347.
[2]) Marschner, Die Stellung des Testamentsvollstreckers im Prozeß und in der Zwangsvollstreckung, S. 82.
[3]) J. W. 1918, S. 103.

Die Unbilligkeit dieser Entscheidung ist nicht zu verkennen. Es bedeutet eine durch nichts zu rechtfertigende Härte, daß der Konkursverwalter, der weder am noch im Verfahren persönlich interessiert ist, mit seinem Privatvermögen für die Kosten haften soll. Nicht anders ist die Lage hinsichtlich des Testamentsvollstreckers; die Unbilligkeit wird hier auch durch einen Ersatzanspruch gegen den Erben, den Kohler und Marschner dem Testamentsvollstrecker einräumen wollen [4]), keinesfalls beseitigt. Die bezüglich des Konkursverwalters ergangene Entscheidung aber ist nicht nur wegen ihrer offenbaren Ungerechtigkeit, sondern noch aus einem andern Grunde unhaltbar. Indem nämlich das Bayerische Oberste Landesgericht die Vorschrift des § 91 ZPO. ihrem Wortlaut nach auf den Konkursverwalter anwendet und diesen mit seinem Privatvermögen für die Kosten haften läßt, setzt es sich in Widerspruch zu einer anderen Gesetzesbestimmung, der Vorschrift des § 59 Ziff. 1 der Konkursordnung.

Nach § 59 Ziffer 1 KO. sind Ansprüche, die aus Geschäften oder Handlungen des Konkursverwalters entstehen, Masseschulden. Voraussetzung ist allerdings, daß die betreffende Handlung des Konkursverwalters an sich geeignet ist, die Masse zu binden, daß durch sein Handeln nach einer anderen Rechtsvorschrift eine für das Massesubjekt bis dahin nicht begründete Haftung entsteht [5]). Unzweifelhaft ist das der Fall, wenn die Handlung des Verwalters im Rahmen der ihm gemäß § 6 KO. zustehenden Befugnisse vorgenommen wird. Da nun das Prozeßführungsrecht des Konkursverwalters seine Grundlage hat in dem ihm durch § 6 KO. übertragenen Verwaltungs- und Verfügungsrecht an dem zur Konkursmasse gehörigen Vermögen des Gemeinschuldners [6]), so gehören die in Ausübung des Prozeßführungsrechtes vorgenommenen Handlungen zweifellos zu denjenigen, die nach § 59 Ziffer 1 KO. Masseschulden begründen. Die aus der Prozeßführung entstehenden Kosten sind demnach Masseschulden. Subjekt des Massevermögens ist aber unbestritten der Gemeinschuldner; aus seinem Vermögen also sind die Prozeßkosten zu bestreiten. Diese Tatsache läßt das Bayerische Oberste Landesgericht in seiner Entscheidung unberücksichtigt; damit ist deren Unhaltbarkeit erwiesen.

---

[4]) Vgl. S. 12 Anm. 1 und 2.

[5]) Jaeger, KO. 3. u. 4. Aufl. § 59 Anm. 1.
Bleyer, KO. 3. Aufl. § 59 Anm. 1.

[6]) RG. Bd. 79, S. 28.
Jaeger, KO. 3. u. 4. Aufl. § 59 Anm. 2.
Seuffert, ZPO. 11. Aufl. Bemerkung 2 vor § 50.

Die vorstehend behandelte Auffassung, nach der die „Partei kraft Amtes" persönlich kostenpflichtig wird, findet sich aber, wie schon betont, sehr selten. Im allgemeinen verschließt man sich nicht der Erkenntnis, daß die Haftung der „Partei kraft Amtes" mit ihrem Privatvermögen als unbillig zu verwerfen ist, und daß nicht nur im Falle des Konkursverwalters, sondern auch in den Fällen der übrigen Sondergutsverwaltungen die Prozeßkosten aus Mitteln der Vermögensinhaber zu begleichen sind. Hier entsteht für die Amtstheorie die Aufgabe, den offenbaren Widerspruch dieser Tatsache zu der Vorschrift des § 91 ZPO., nach der die Kostenpflicht an die Parteistellung geknüpft ist, zu lösen.

§ 3.

II. Die Haftung „mit dem verwalteten Vermögen".

Es ist versucht worden, die Tatsache, daß die „Partei kraft Amtes" nicht mit ihrem persönlichen Vermögen für die Prozeßkosten einzustehen hat, dadurch mit dem Wortlaut des § 91 ZPO. in Einklang zu bringen, daß man darauf hinwies, bei den sog. Amtsträgern seien diese als Privatpersonen und als Amtsträger auseinander zu halten. Man argumentiert etwa folgendermaßen: wenn der Amtsträger als solcher einen Prozeß führe, so komme dabei seine Privatperson gar nicht in Betracht; er sei Partei lediglich in seiner Eigenschaft als Inhaber des Amtes. Infolgedessen treffe zwar die Kostenpflicht in völliger Übereinstimmung mit § 91 ZPO. die Partei, diese aber hafte, da sie ja nur als Amtsträger prozessiert habe, nur mit dem verwalteten Vermögen [7]).

Diese Auffassung ist unhaltbar. Das verwaltete Vermögen gehört nicht dem Verwalter. Inhaber desselben ist vielmehr auch während der Dauer der Verwaltung diejenige Person, der es v o r Anordnung der Verwaltung zustand. Demnach wäre die Haftung der „Partei kraft Amtes" eine Haftung mit einem fremden Vermögen [8]); in Wahrheit handelt es sich also nicht um eine Haftung des verurteilten Verwalters, sondern um eine solche des nicht verurteilten Vermögensinhabers [9]).

Der Hinweis auf den Staatsanwalt [10]) ist nicht geeignet, die Bedenken zu zerstreuen, denn im Falle der Mitwirkung des Staats-

---

[7]) Vgl. Stein, Grundriß S. 355.
Bittner, a. a. O. S. 36.
JW. 1922, S. 1594.
[8]) Jaeger, JW. 1918 S. 103.
[9]) Siber, Die Prozeßführung des Vermögensverwalters, S. 70.
[10]) Stein, Komm. 10. Aufl. vor § 91 II Note 20.

anwaltes in Eheprozessen ist nach richtiger Ansicht nicht der Staatsanwalt persönlich, sondern die Staatsanwaltschaft als Behörde Partei, und der Staatsanwalt handelt demgemäß auch nicht im eigenen Namen, sondern im Namen des Staates; es ist also nur folgerichtig, daß im Falle des Unterliegens des Staatsanwalts die Staatskasse gemäß § 636 ZPO. die Kosten trägt[11]).

Aber selbst dann, wenn man dem einzelnen Staatsanwalt Parteistellung zugestehen müßte, so vermöchte doch die in § 637 ZPO. vorgesehene Kostenverteilung den Vergleich mit den genannten Verwaltern nicht zu rechtfertigen. Es würde sich dann eben um eine vom Gesetz geschaffene Ausnahme handeln; eine Berechtigung, willkürlich weitere Ausnahmen zu schaffen, ließe sich daraus nicht herleiten[12]).

§ 4.

III. Die Unterscheidung nach formeller und materieller Parteistellung.

Abzulehnen ist ferner die Unterscheidung nach formeller und materieller Parteistellung. Es ist wahrlich mehr ein Zugeständnis an den Gegner als eine Begründung des eigenen Standpunktes, wenn man erklärt, der Testamentsvollstrecker sei zwar „formell" Partei, aber „im Grunde" handle er doch als Vertreter des Erben, „eigentlich" prozessiere der Erbe durch den Testamentsvollstrecker und die Kosten träfen im Nachlaß letzten Endes den Erben[13]). Die „materielle" Partei ist nicht Partei im Sinne des § 91 ZPO., und wenn die Erklärung, die „Partei kraft Amtes" sei nur formell Partei, soviel heißen soll, daß sie über ein fremdes materielles Rechtsverhältnis streitet, so ist dazu nur zu sagen, daß das materielle Rechtsverhältnis als Entstehungsgrund des Kostenanspruchs gar nicht in Betracht kommt. Dieses gibt nur den mittelbaren Anlaß, der unmittelbare Grund liegt in der prozessualen Geltendmachung der Forderung[14]), infolgedessen wird auch die als Treuhänder streitende Partei kostenpflichtig[15]).

---

[11]) Lent, S. 277.
Siber, Die Prozeßführung usw., S. 70.
[12]) Levy: Gruchot Bd. 37 S. 173.
[13]) Vgl. OLG. München in JW. 1925 S. 2155 Nr. 14 und Sternberg in der Anmerkung dazu.
RGK. 6. Aufl. § 2212 Anm. 1.
RG. WarnE, 1913, S. 398 ff.
[14]) ROLG. Bd. 1 S. 398; Bd. 16 S. 358.
[15]) Siber, Die Prozeßführung, S. 70.

IV. Die interessierte Partei.

Hält man daran fest, daß in jedem Falle der Inhaber des verwalteten Vermögens der mit den Prozeßkosten Belastete ist, so ist es klar, daß jeder Versuch einer Konstruktion, diese Kostenpflicht des Vermögensträgers mit dem Wortlaut des § 91 ZPO. in Einklang zu bringen, scheitern muß.

Damit wollen sich aber die Vertreter der Amtstheorie nicht als geschlagen bekennen. Bis in die neueste Zeit ist immer wieder versucht worden, den Nachweis zu erbringen, daß die Kostenhaftung der Vermögensträger, wenn auch nicht dem Wortlaut, so doch dem Sinne des § 91 ZPO. entspreche und daß daher dem Zwiespalt zwischen dieser Haftung und dem Wortlaut des Gesetzes nicht eine so entscheidende Bedeutung beizumessen sei, daß daran die Parteistellung der Verwalter scheitern müsse[16]).

Den diesbezüglichen Darlegungen liegen rechtshistorische Erwägungen zugrunde. Den Ausgangspunkt bildet die Tatsache, daß die ZPO. keine Legaldefinition des Parteibegriffs aufgestellt hat. Dieser Mangel einer authentischen Interpretation hat dazu geführt, daß sich in der Wissenschaft zahlreiche Begriffsbestimmungen herausgebildet haben, die voneinander zum Teil erheblich abweichen. In bezug auf die Kostenfrage aber soll es mit dem Parteibegriff folgende Bewandtnis haben: der moderne Parteibegriff sei unzweifelhaft dem Gesetzgeber der ZPO. fremd gewesen; nach diesem Begriff seien Parteien diejenigen Personen, in deren Namen oder gegen die der Rechtsschutz begehrt werde. Die ZPO. aber sei zu einer Zeit entstanden, deren Rechtsdenken stark unter dem Einfluß römisch-rechtlichen Geistes gestanden habe, und so sei man auch bezüglich des Parteibegriffs von der römisch-rechtlichen Vorstellung ausgegangen, daß die streitenden Parteien notwendig am Ausgange des Rechtsstreites rechtlich und wirtschaftlich interessiert, also identisch mit den Subjekten des materiellen Rechtsverhältnisses seien. Wenn man sich aber die Partei stets als im angegebenen Sinne interessiert dachte, so habe es nahe gelegen, bei der Regelung der Kostenpflicht, mit der man den am Ausgange des Prozesses Interessierten treffen wollte, die betreffende Vorschrift einfach als für die Partei geltend aufzustellen. Da nun aber unter der

---

[16]) Vgl. Schott, Armenrecht S. 62.
Stegemann, ZZP. Bd. 17 S. 364 ff.
v. Spreckelsen, a. a. O. S. 83.
Matthes, a. a. O. S. 113 ff.

Herrschaft des neuen Parteibegriffs Partei und Interessierter auseinanderfallen könnten, so führe ein starres Festhalten am Wortlaut des Gesetzes zu Unbilligkeiten. Vernünftigerweise könne nur derjenige mit den Kosten des Prozesses belastet werden, für den das maßgebliche Interesse zutreffe. Das aber sei in den Fällen der genannten Vermögensverwaltungen der Inhaber des verwalteten Vermögens; es sei also nur billig und entspreche durchaus dem Sinne des Gesetzes, den Vermögensträger für die Kosten haften zu lassen [17]).

§ 6.

1. Wie ist die Wirksamkeit der Verwalterhandlungen in der Person der Vermögensträger zu erklären?

Hierzu ist zunächst zu bemerken, daß die Anhänger der Amtstheorie die Ablehnung der Vertretertheorie wesentlich gerade damit begründen, daß die Verwaltung nicht im ausschließlichen Interesse der Vermögensinhaber, sondern im Interesse aller Beteiligten, insbesondere der Gläubiger, geführt werde [18]). Es ist nicht einzusehen, warum nun gerade bei der Kostenfrage das Interesse des Vermögensinhabers so sehr in den Vordergrund gerückt wird; die Gläubiger sind am Ausgange des Rechtsstreites doch wohl kaum weniger interessiert als die Vermögensinhaber [19]).

Sodann aber drängt sich die Frage auf, wie es denn zu erklären sei, daß der Vermögensinhaber, der nicht in der Lage ist, selbst gestaltend in den Gang des Prozesses einzugreifen, der nicht durch eigene Tätigkeit dazu beitragen kann, den ungünstigen Ausgang des Prozesses abzuwenden, durch die Handlungen des Verwalters gebunden wird. Der Eintritt einer Bindung des Vermögensträgers durch die vom Verwalter vorgenommenen Handlungen wird nicht bestritten. Für diese Bindung enthält aber die Amtstheorie, da sie das Vorliegen eines Vertretungsverhältnisses leugnet, in sich selbst keine Erklärung [20]).

Es wird nun die Anschauung vertreten, eine besondere Erklärung sei gar nicht erforderlich. Auch die Erklärung der Wirksamkeit des verwalterlichen Handelns in der Person des Vermögensträgers mit Vertretungsmacht enthalte eigentlich gar keine Erklärung, sondern nur die Behauptung, es liege ein Tatbestand vor,

---

[17]) Vgl. zu den vorstehenden Ausführungen insbesondere v. Spreckelsen, a. a. O. S. 80 ff., ferner die oben S. 16 Anm. 16 Genannten.
[18]) Vgl. die weiter unten S. 20 unter Anm. 34 Genannten.
[19]) Vgl. Lent, S. 280.
[20]) Vgl. Reinhard-Müller, a. a. O., ZVG. 2. Aufl. § 152 I 1 d.

mit dem das objektive Recht Wirkung für einen anderen verbinde [21]). Der letzte Grund für die Wirksamkeit sei der Wille der Rechtsordnung, diese aber könne ein und dieselbe Wirkung an verschiedene Tatbestände knüpfen. Im Rechtsleben werde eben das Verhältnis von Ursache und Wirkung nicht durch das Naturgesetz der Kausalität, sondern allein durch die Rechtsordnung bestimmt. Die Rechtsordnung regele durch Feststellung des Tatbestandes und durch Bestimmung der Wirkung ihrer Normen den Zusammenhang von Grund und Folge. Ebenso, wie sie den Tatbestand der Stellvertretung Wirkung verleihe, könne sie die gleiche Wirkung auch an eine Handlung knüpfen, die auf Grund einer anders gearteten Rechtsmacht, einer Handlungsmacht im weiteren Sinne, im eigenen Namen vorgenommen sei [22]).

Nehme man also an, daß die Rechtsordnung das Verhältnis der Verwalter zu den Vermögensträgern in diesem Sinne habe regeln wollen, so sei damit die Bindung der Vermögensträger durch die Handlungen der Verwalter hinreichend erklärt [23]).

Zu der Überzeugung aber, daß das Gesetz die Rechtsstellung der Verwalter nicht mit Vertretungsmacht, sondern mit einer vollkommeneren Handlungsmacht, die das Recht zum Handeln im eigenen Namen einschließt, ausstatten wollte, kommen die Anhänger der Amtstheorie auf Grund von Erwägungen, auf deren wichtigste im folgenden näher eingegangen werden muß. Verfasser schließt sich nämlich der Meinung an, daß es einer besonderen Erklärung im Sinne einer Ermächtigungs- [24]) oder Repräsentationstheorie [25]) nicht bedarf, und daß der Wille der Rechtsordnung zur Erklärung allerdings ausreichen würde. Zweifelhaft erscheint nur, ob wirklich Gründe vorliegen, die den Schluß auf den Willen der Rechtsordnung im Sinne der Amtstheorie rechtfertigen; ein solcher Wille müßte doch zum mindesten erst einmal nachgewiesen werden.

§ 7.

2. Stellvertretendes Handeln und Vertretungsmacht.

Das Gesetz hat zu der Frage der Rechtsstellung der fraglichen Verwalter nicht in klaren Worten Stellung genommen. Die gelegentliche Bezeichnung „Amt" [26]) kann als Stellungnahme nicht gewertet

---

[21]) Matthes, a. a. O. S. 72 Anm. 1.
[22]) Rosenberg, Stellvertretung im Prozeß, S. 112 ff.
Matthes, a. a. O. S. 72.
[23]) Kiehl, Eintritt in den Prozeß, ZZP. Bd. 30 S. 294.
[24]) Vgl. v. Spreckelsen, a. a. O. S. 37 ff., S. 99 unter d.
[25]) Vgl. die unten S. 56 unter 36 und 37 und S. 57 unter 38 Genannten.
[26]) Vgl. BGB. §§ 2202, 2215, 2221, 2224—2226.

werden [27]). Da die Beurteilung also durch ausdrückliche Gesetzesvorschrift nicht gebunden ist, so ist die Frage aus allgemeinen, in der Stellung selbst begründeten Gesichtspunkten zu beantworten.

Von vornherein ist aber zu betonen, daß der Eintritt einer Wirkung in der Rechtssphäre anderer für sich allein völlig ungeeignet ist, Aufschluß zu geben über die juristische Natur der Handlung, die diese Wirkung hervorbrachte [28]). Wenn daher das Reichsgericht in seiner bekannten Entscheidung Bd. 29 S. 29 ff. anerkennt, ohne den Grundsatz sei nicht auszukommen, daß die Handlungen des Konkursverwalters für den Gemeinschuldner bindend seien, so liegt kein Grund vor, auf diese Stelle den Finger zu legen und zu erklären: trotzdem verneint das Reichsgericht die Vertreterstellung des Konkursverwalters [29]). Die Wirkung in der Person anderer teilt die Vertretungshandlung mit mancher anderen Handlung. So vollzieht sich der Eigentumserwerb in der Person eines gutgläubigen Erwerbers, ohne daß man dem verfügenden Nichteigentümer als mit Vertretungsmacht ausgestattet behandeln dürfte, und ohne daß seine Handlung Vertretungshandlung wäre. Ebensowenig läßt sich die im eigenen Namen vorgenommene Verfügung eines Nichtberechtigten, die durch Zustimmung des Berechtigten Wirksamkeit erlangt, mit Stellvertretung erklären. Die Wirkung einer Handlung in der Person anderer gestattet zunächst nur den Schluß, daß der Handelnde Handlungsmacht gehabt habe; auf das W e s e n dieser Macht läßt sich von der Wirkung aus nicht schließen [30]).

Stellvertretendes Handeln und Vertretungsmacht sind zwei verschiedene, voneinander unabhängige Begriffe. Die Erzielung einer Rechtswirkung ist dadurch bedingt, daß beide, Vertretungsmacht und stellvertretendes Handeln, sich in bezug auf einen konkreten Fall vereinigen [31]). Wird ein Rechtsgeschäft, zu dessen Vornahme Vertretungsmacht erteilt ist, im eigenen Namen ausgeführt, so tritt, da Stellvertretung eben ein Handeln im fremden Namen voraussetzt, eine Fremdwirkung mangels des erforderlichen Zusammentreffens beider Begriffe nicht ein. Andererseits kann der Handelnde eine Willenserklärung im fremden Namen abgeben, die Wirkung aber, weil die Vertretungsmacht fehlt, ausbleiben; trotzdem liegt hier stellvertretendes Handeln vor, und mit Recht wird in § 179 BGB. der-

---

[27]) Denn die Bezeichnung „Amt" wird auch für die Stellung des Vormundes verwendet. Vgl. BGB. §§ 1799 I, 1844 I, 1854 I u. a.
[28]) Rosenberg, Stellvertretung, S. 11.
Matthes, a. a. O. S. 18.
[29]) In diesem Sinne Jaeger, KO. 3.—4. Aufl. § 6 Anm. 6.
[30]) Rosenberg, Stellvertretung, S. 11.
[31]) Matthes, a. a. O. S. 18.

jenige, dessen Handeln im fremden Namen mangels Vertretungsmacht keinerlei Wirkung in der Person des „Andern" erzeugt, als Vertreter bezeichnet [32]).

Wenn nun der Eintritt einer Fremdwirkung stets davon abhängig ist, daß Vertretungsmacht und der ihr genau entsprechende Tatbestand des stellvertretenden Handelns zuasmmentreffen, so besteht auch zwischen Wirkung, stellvertretendem Handeln und Vertretungsmacht eine Wechselbeziehung folgender Art:

Ist beim Eintritt einer Fremdwirkung die der Handlung zugrunde liegende Rechtsmacht als Vertretungsmacht bekannt, so kann die Handlung, durch die diese Wirkung ausgelöst wurde, nur eine Vertretungshandlung gewesen sein. Ist aber die Wirkung nachweislich auf Grund einer Vertretungshandlung eingetreten, so kann auch dem Handeln nur Vertretungsmacht zugrunde gelegen haben. Andererseits ist mit dem Nachweis, daß keine Vertretungsmacht vorgelegen hat, auch der Beweis geführt, daß das Wirkung zeitigende Handeln nicht ein stellvertretendes gewesen sein kann, wie umgekehrt auch die Auffassung der Handlungsmacht als Vertretungsmacht ausgeschlossen ist, sobald sich herausstellt, daß nicht im fremden Namen gehandelt wurde [33]).

§ 8.

3. Gründe der Amtstheorie, die zu der Annahme zwingen sollen, die Rechtsordnung habe die Stellung der fraglichen Verwalter nicht mit Vertretungsmacht, sondern mit einer umfassenderen Rechtsmacht ausstatten wollen.

A. Gründe, die gegen die Vertreterstellung aller dieser Sondergutsverwalter angeführt werden.

a) Interessenwahrung und Stellvertretung.

Gegen die Auffassung, daß die Rechtsmacht, die dem Handeln des Verwalters Wirkung verleiht, Vertretungsmacht sei, wird nun vor allem angeführt, die Verwalter seien nicht im ausschließlichen Interesse der vertretenen Personen tätig [34]), müßten vielmehr auf gleichmäßige Berücksichtigung der Interessen aller Beteiligten be-

---

[32]) Rosenberg, Stellvertretung, S. 9—12.
[33]) Matthes, a. a. O. S. 19.
[34]) Fischer-Henle, a. a. O. vor § 164.
Stegemann, ZZP. 17 S. 331.
Lippmann, Jahrb. f. Dogmatik, Bd. 41 S. 124.
Bunsen, ZZP. Bd. 26, S. 209.
Schott, Armenrecht, S. 63.
Fischer, Recht und Rechtsschutz, S. 44.

dacht sein. In solchen Fällen aber, wo der Personenkreis, für den gehandelt wird, objektiv unbestimmt ist und sogar Personen mit einander widerstreitenden Interessen umfaßt, soll die Annahme einer Stellvertretung mit den Anforderungen des praktischen Rechtslebens unvereinbar sein [35]).

Demgegenüber ist hervorzuheben, daß die Frage, wessen Interesse der Vertreter wahrzunehmen hat, nicht das Wesen, sondern lediglich Zweck und Ziel der Stellvertretung berührt [36]). Der Begriff der Stellvertretung erfordert nichts weiter als das Handeln im fremden Namen mit Wirkung für einen andern und an Stelle dieses andern [37]). In wessen Interesse der andere tätig wird, ist für die Frage nach der Stellvertretung belanglos [38]). So kann unzweifelhaft bei rechtsgeschäftlich erteilter Vertretungsmacht der Ermächtigende den Ermächtigten beauftragen, von der Vollmacht im eigenen, des Vertreters, Interesse, oder im Interesse Dritter Gebrauch zu machen. Aber selbst dann, wenn der Bevollmächtigte angewiesen ist, im Interesse des Vertretenen zu handeln, läßt eine Abweichung von diesem Auftrag die Wirksamkeit der Handlung und ihren Charakter als Vertretungshandlung unberührt, sofern nur der Rahmen der Vollmacht nicht überschritten wird. Hier wird deutlich, daß die Interessenwahrung eine Frage des Auftragsinhaltes, also des Innenverhältnisses zwischen Vertreter und Vertretenem ist.

Nicht anders ist die Sachlage im Falle einer vom Gesetz erteilten Vertretungsmacht. Ebenso wie die Vollmacht im Interesse Dritter erteilt werden kann, so muß auch das Gesetz eine Stellvertretung im Interesse eines Dritten anordnen können. Hier sind dann aber, genau wie bei der Vollmacht, Außen- und Innenverhältnis auseinanderzuhalten. Durch die Einräumung der Vertretungsmacht erhält der Ermächtigte eine nach außen wirkende Rechtsstellung. Die Frage aber, ob der Vertreter die Vertretung im Interesse des Vertretenen zu führen hat, betrifft auch hier die Beziehungen des Vertreters zum Vertretenen, also das Innenverhältnis [39]). Als Be-

---

[35]) Stein, Grundriß, S. 112.

[36]) Staudinger, 9. Aufl. Bem. zu §§ 2197—2201 I F2 BGB.
Lent, S. 294.

[37]) Vgl. unten S. 35.

[38]) v. Tuhr, Allgemeiner Teil, 2. Bd. II S. 336.
Lent, S. 295.
Hupka, Die Vollmacht, S. 3.
Maenner, LZ. 1916 S. 509 ff. und S. 784 ff.
Jaeger, KO. 3. u. 4. Aufl. § 6 Anm. 12.

[39]) Lent, a. a. O. S. 295.
Maenner, a. a. O. S. 509 und 784.

griffsmerkmal der Stellvertretung kommt demnach die Interessenwahrung nicht in Betracht.

Im übrigen gibt es anerkannte Fälle gesetzlicher Stellvertretung, wo weder der Anordnung, noch der Durchführung der Vertretung das ausschließliche Interesse des Vertretenen zugrunde liegt. Als Beispiel führt Lent die Fälle der Entmündigung wegen Trunksucht oder Verschwendung an[40]). Eine Entmündigung kann nach § 6 BGB. nicht nur dann ausgesprochen werden, wenn der Verschwender oder Trunksüchtige sein eigenes Wohl gefährdet, sondern zur Entmündigung reicht bereits die Gefährdung des Familienwohls oder der Sicherheit anderer aus. Von einer Entmündigung im ausschließlichen Interesse des Entmündigten kann hier also nicht gesprochen werden. Wie aber die Anordnung der Entmündigung nicht im Mündelinteresse erfolgt, so wird auch während ihrer Durchführung das Verhalten des Vormundes in manchen Fällen nicht durch das Interesse des Mündels, sondern von der Rücksicht auf die Sicherheit anderer Personen bestimmt. So bei der Unterbringung des Trunksüchtigen in einer Anstalt oder der Überlassung von Vermögensteilen an den Verschwender.

§ 9.

b) Der Wille des Vertretenen.

Wird der Umstand, daß die Verwalter im Interesse verschiedener Personen tätig werden, einerseits zur Bekämpfung der Vertretertätigkeit verwandt, so dient er andererseits der Amtstheorie ebensosehr als Argument, um die Notwendigkeit einer Amtsstellung der Verwalter zu begründen. Bevor aber dazu Stellung genommen wird, soll im Interesse der Darstellung zunächst einem Einwand begegnet werden, der darauf abstellt, daß der Wille des Vertretenen für den Begriff der Stellvertretung von Bedeutung sei.

Schon die Bemerkung, die Ladung des Gemeinschuldners zum Offenbarungseid, zu welcher der Konkursverwalter gemäß § 125 KO. berechtigt sei, lasse sich unmöglich als eine in Vertretung des Gemeinschuldners vorzunehmende Handlung bezeichnen[41]), läßt vermuten, daß man nicht nur das Vertreteneninteresse, sondern auch den Willen des Vertretenen für beachtlich hält. Tatsächlich findet sich auch die Behauptung der Maßgeblichkeit dieses Willens klar ausgesprochen. Da der Zwangsverwalter — so argumentieren

---

[40]) Lent, a. a. O. S. 292 ff.

[41]) Sarvey-Boßert, KO. 4. Aufl. § 6 Anm. 5.
Heilfron, Lehrbuch des Konkursrechts, S. 46.

Jaeckel-Güthe[42]) — die ihm zugewiesene Tätigkeit nicht nur als sein Recht, sondern ebensosehr als Pflicht ausübe, so sei er in seinen Handlungen von der Zustimmung der Beteiligten unabhängig. In dieser Selbständigkeit soll sich nun zeigen, daß der Zwangsverwalter „seine Befugnisse nicht aus einem Vertretungsverhältnis herleitet (denn ohne oder gar gegen den Willen des Vertretenen kann der Vertreter Rechte nicht ausüben), sondern daß er sie aus einer ihm selbst beiwohnenden Machtvollkommenheit entnimmt".

Die Ausdrucksweise „aus einem Vertretungsverhältnis herleitet", ist zum mindesten unklar. Liegt ein Vertretungsverhältnis vor, so besagt das nur, daß die Rechtsordnung, um dem Verwalter die Möglichkeit zu geben, auf fremde Rechte einzuwirken, sich der Rechtsform der Stellvertretung als technisches Mittel bedient hat[43]). Aus diesem Mittel lassen sich nun selbstverständlich keine Befugnisse ableiten; Quelle der Macht ist das Gesetz, durch welches das Mittel dem Berechtigten verliehen wurde. Die Rechtsordnung aber verleiht die Macht, mit Wirkung für einen andern zu handeln, stets als eigenes Recht, einerlei ob es sich um die Befugnis zum Handeln im fremden oder eigenen Namen handelt[44]). Auch der Vertreter gibt seinen, nicht des Vertretenen Willen kund, weshalb es auch unrichtig ist, zu sagen, der Wille des Vertreters gelte als Wille des Vertretenen[45]).

Es ist eine ganz andere Frage, ob der Gegenstand eines vom Vertreter vorgenommenen Geschäftes ein Recht des Vertreters oder des Vertretenen ist; bei dem Abschluß des Geschäftes handelt jedenfalls der Verwalter, sei er nun Vertreter oder Amtsträger im Sinne der Amtstheorie, stets aus einer „ihm selbst beiwohnenden Machtvollkommenheit".

Daß der Vertreter nicht ohne oder gegen den Willen des Vertretenen handeln könne, trifft nicht einmal für den Fall der rechtsgeschäftlich erteilten Vertretungsmacht zu[46]). Sicherlich wird der Vertretene durch eine in Überschreitung der Vollmacht vorgenommene Handlung des Vertreters nicht gebunden. Insoweit spielt der Wille des Vertretenen allerdings eine Rolle. Innerhalb des vom Vertretenen zugewiesenen oder vom Gesetz umschriebenen Wirkungskreises kann aber der rechtsgeschäftlich Ermächtigte den Vertretenen auch gegen seinen Willen verpflichten. Das hat mancher

---

[42]) Jaeckel-Güthe, a. a. O. § 153 I S. 666.
[43]) Lent, S. 294.
[44]) Vgl. Siber, S. 11, Die Prozeßführung.
[45]) Binder, Die Rechtsstellung des Erben . . . . III S. 380.
Maenner, a. a. O. S. 507.
[46]) Reinhard-Müller, a. a. O. § 152 I 1c.

Kaufmann, der allzu vertrauensselig Prokura erteilte, zu seinem Leidwesen erfahren müssen. Daß aber der gesetzliche Vertreter vom Willen des Vertretenen unabhängig ist, geht schon daraus hervor, daß in manchen Fällen gesetzlicher Stellvertretung ein rechtlich beachtlicher Wille des Vertretenen gar nicht vorhanden ist, z. B. bei der Vormundschaft über einen Geschäftsunfähigen.

Wie sehr der gesetzliche Vertreter gegen den Willen des Vertretenen handeln kann, zeigt deutlich das von Lent angeführte Beispiel; die Unterbringung des Trunksüchtigen in einer Anstalt, die Entziehung des gesamten Vermögens des Verschwenders, sind ungleich härtere Maßnahmen als z. B. der vom Konkursverwalter auf den Gemeinschuldner möglicherweise ausgeübte Zwang. Die Möglichkeit des Handelns gegen den Willen des Vermögensträgers spricht also ebensowenig gegen die Annahme einer Stellvertretung wie der Umstand, daß die Verwalter nicht das ausschließliche Interesse der Inhaber des von ihnen verwalteten Gutes zu wahren haben [47]).

Nach diesen Ausführungen steht allerdings noch keineswegs fest, daß die Rechtsmacht der Vermögensverwalter nicht anderer Art sein könnte als Vertretungsmacht. Wohl aber ist damit der Beweis erbracht, daß eine Notwendigkeit, diese Rechtsmacht als eine Handlungsmacht besonderer Art aufzufassen, aus dem Gesichtspunkt des Willens des Vertretenen wie der Interessenwahrung jedenfalls nicht gegeben ist, denn Merkmale, die mehreren Formen von Handlungsmacht gemeinsam sind, können natürlich nicht zu ihrer Unterscheidung dienen. Der Nachweis einer solchen Notwendigkeit wäre aber für die Amtstheorie erforderlich, da in Zweifelsfällen von vornherein eine Vermutung für das Vorliegen von Vertretungsmacht spricht. Mit Recht weist von Spreckelsen darauf hin, daß die Vertretungsmacht „das einzige Rechtsinstitut ist, das vom Gesetz im Allgemeinen Teil des BGB. für die Erklärung von fremdwirkenden Rechtsgeschäften ausdrücklich allgemein bereitgestellt ist“ [48]). Daraus ergibt sich, daß das Gesetz fremdwirkende Rechtsgeschäfte in erster Linie mit Vertretungsmacht erklärt wissen will und daß nur zwingende Gründe zur Annahme einer andern Form der Rechtsmacht führen können. Da die bisher behandelten Argumente der Amtstheorie nicht stichhaltig waren, so bleibt zu prüfen, ob sonstige Gründe die Ablehnung einer Vertreterstellung der fraglichen Verwalter erfordern.

---

[47]) Maenner, a. a. O. S. 507.
Lent, S. 293.
[48]) v. Spreckelsen, a. a. O. S. 104.

§ 10.

c) Handeln die Verwalter im eigenen oder fremden Namen?

α) Die Vermutung für das Handeln im fremden Namen.

I. Die Vertreter der Amtstheorie behaupten, daß die von den Verwaltern abgeschlossenen Rechtsgeschäfte nicht im Namen der Vermögensinhaber, sondern im eigenen Namen vorgenommen würden. Ließe sich diese Behauptung beweisen, so wäre damit allerdings ein entscheidender Schlag gegen die Vertretertheorie geführt, denn das Handeln im eigenen Namen wäre natürlich mit dem Begriff der Stellvertretung nicht zu vereinen.

Der Verwalter, der beim Abschluß eines Geschäftes seinem Namen die Bezeichnung „als Verwalter" hinzufügt, gibt damit ohne Zweifel die Absicht kund, daß er persönlich aus dem vorgenommenen Geschäft nicht verpflichtet sein will. Nach der Amtstheorie erschöpft sich darin der Sinn dieser Bezeichnung. Würde der Zusatz zum Namen fehlen, so stehe fest, daß dann der Verwalter aus seiner Handlung für seine Person verpflichtet würde; um das zu verhindern, bedürfe es der Hinzufügung seiner Amtsbezeichnung. Diese bewirke dann den Ausschluß persönlicher Bindung und die Haftungsbeschränkung auf das verwaltete Vermögen, sei aber keinesfalls als Indiz dafür zu werten, daß der Verwalter im fremden Namen handle[49]).

Demgegenüber ist zunächst festzustellen, daß auch hier eine Vermutung zugunsten der Stellvertretung besteht. Allerdings kann ein gesetzliches Verwaltungsrecht sowohl das Recht zum Handeln im eigenen wie im fremden Namen enthalten, und insbesondere kann durch das Verwaltungsrecht ebensogut eine Prozeßstandschaft wie eine gesetzliche Vertretungsmacht für den Prozeß begründet sein. Zu bemerken ist jedoch, daß die Prozeßstandschaft im geltenden Recht eine Ausnahme bildet. Siber weist darauf hin, daß z. B. eine Verfügung über fremdes Recht dann als eine Verfügung im eigenen Namen zu gelten habe, wenn entweder der Verfügende das Recht nicht offen als fremdes zu erkennen gegeben habe, oder aber die kausalen Wirkungen der Verfügung den Verfügenden selbst treffen sollen, z. B. wenn dieser offen eine eigene Schuld mit fremdem Gelde bezahle. Die Prozeßführung aber sei stets offen, und wenn sie trotzdem im eigenen Namen erfolgen könne, so sei der Grund dafür zu suchen in der Möglichkeit des Auseinanderfallens des materiellen und prozessualen Rechtsverhältnisses auf verschiedene Personen. Da dies Auseinanderfallen aber meist nicht einer ge-

[49]) In diesem Sinne Fischbach, Die Rechtsstellung des Konkursverwalters, S. 42.

sunden Ordnung entspreche, so sei eben darum die Prozeßstandschaft eine Ausnahme geblieben. Beim Schweigen des Gesetzes dürfe sie daher nicht ohne triftigen Grund unterstellt werden [50]).

II. Für diese Auffassung spricht auch folgende Erwägung: das BGB. bestimmt in § 2212: „Ein der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegendes Recht kann nur von dem Testamentsvollstrecker gerichtlich geltend gemacht werden." Aus dieser Bestimmung ist natürlich nichts darüber zu entnehmen, ob der Testamentsvollstrecker das Recht im eigenen oder fremden Namen geltend machen soll. Ebensowenig läßt sich aus § 2213 Abs. 1 Satz 1 BGB. ein Anhaltspunkt gewinnen. Wenn aber im § 1380 BGB. auch der Ehemann ermächtigt wird, zum eingebrachten Gut der Frau gehörige Rechte gerichtlich geltend zu machen, hier aber ausdrücklich betont wird „im eigenen Namen" (vgl. auch § 1443 BGB.), so ist es doch wahrscheinlich, daß das Gesetz dort, wo es diesen Zusatz unterlassen hat, eine Prozeßführung im eigenen Namen auch nicht gewollt hat [51]).

Spricht aber bezüglich der prozessualen Stellung der Verwalter eine Vermutung für das Handeln im fremden Namen, so ist sie auch auf das Gebiet des materiellen Rechtes auszudehnen, weil ja, wie oben erwähnt [52]), eine gesonderte Beurteilung je nach privatrechtlicher oder prozessualer Tätigkeit undenkbar ist. Daß diese Vermutung durch die Auslegung, welche die Anhänger der Amtstheorie der Bezeichnung „als Verwalter" geben, nicht widerlegt ist, liegt auf der Hand. Es handelt sich hier lediglich um eine unbewiesene Behauptung, durch welche die Anschauung, nach der die Bezeichnung „als Verwalter" einen Hinweis auf ein Vertretungsverhältnis enthält, nicht entkräftet wird. Umgekehrt aber läßt sich sehr wohl der Beweis führen, daß nur ein Handeln im fremden Namen möglich ist.

β) Die Bestätigung der Vermutung durch die Erkenntnis, daß niemand in der Lage ist, eine andere Person durch eine im eigenen Namen vorgenommene Handlung zu verpflichten.

I. Um diesen Nachweis zu erbringen, ist zunächst einmal hervorzuheben, daß die Verwalter, wo sie auch immer handelnd auftreten, nur als natürliche Personen in Betracht kommen. Die Auffassung als Organ der Staatsgewalt ist unrichtig. Sie stützt sich ganz wesentlich darauf, daß die Ausgleichung der bei der Verwaltung in Erscheinung tretenden Interessengegensätze der Beteiligten die Mit-

[50]) Siber, Die Prozeßführung, S. 8 bb.
[51]) Jensen, a. a. O. S. 20.
Vgl. auch Lent, S. 279.
[52]) Oben S. 10 ff.

wirkung eines unparteiischen Dritten erforderlich mache, der zufolge mangelnden eigenen Interesses auf gleichmäßige Befriedigung aller Interessenten bedacht sein könnte [53]).

Das Argument der Interessenwahrung ist jedoch bereits widerlegt. Da auch der gesetzliche Vertreter in der Lage ist, die Interessen Dritter zu wahren, ohne daß dadurch der Auffassung seiner Rechtsstellung als Vertreterstellung Abbruch getan würde [54]), so läßt sich aus dem Gesichtspunkt der Interessenwahrung die Notwendigkeit, den Verwaltern die Stellung staatlicher Organe einzuräumen, nicht begründen. Die Organeigenschaft aber auf staatliche Ernennung abzustellen, ist ebenfalls unmöglich, weil ja z. B. auch der Vormund als gesetzlicher Vertreter seine Rechtsmacht auf staatliche Ernennung zurückführt [55]).

Daß aber keiner der Verwalter bei der Betätigung seines Verwaltungsrechtes öffentlich-rechtliche Funktionen, hoheitliche Gewalt ausübt, daß sein Amt vielmehr lediglich einen Wirkungskreis mit privatrechtlichem Inhalt umfaßt, wird selbst von Anhängern der Amtstheorie zugegeben [56]). Wenn demnach die Aufgaben des Verwalters ebensogut von einer Privatperson erfüllt werden können, wenn er nur zur Vornahme privatrechtlicher Verrichtungen bestellt ist, so ist nicht einzusehen, warum ihm die Stellung eines staatlichen Organs eingeräumt werden sollte. Darauf, daß das tatsächlich auch nicht geschehen ist, deutet auch der Umstand hin, daß keiner der Verwalter dem Staate gegenüber verantwortlich ist, und daß andererseits auch der Staat nicht für das Verschulden der Verwalter haftet [57]).

Vor allem aber spricht gegen ihre Auffassung als Träger staatlicher Hoheitsgewalt, daß alle Handlungen der Verwalter ausschließ-

---

[53]) Bunsen, ZZP. Bd. 26 S. 256 ff.
Stegemann, ZZP. Bd. 17 S. 373.
Fischer-Schäfer, a. a. O. Vorbem. 3 vor § 146 S. 457.

[54]) Vgl. oben S. 20 ff.

[55]) Vgl. Lent, a. a. O. S. 301.

[56]) v. Spreckelsen, S. 11, 90, 102.
Reinhard-Müller, a. a. O. §. 152 I 1 a.
Auch RG. Bd. 56 S. 330, wonach der Testamentsvollstrecker ein Amt, „natürlich kein öffentliches", ausübt.
Vgl. ferner Lent, S. 297.
Jaeger, KO. 3./4. Aufl. § 78 Anm. 1.
v. Tuhr, Allgemeiner Teil, 2. Bd. 2. Hälfte S. 420.

[57]) v. Spreckelsen, S. 90.
Lent, a. a. O. S. 301.
v. Tuhr, a. a. O. 2. Bd. 2. Hälfte S. 420.
RGK. 6. Aufl. § 839 Anm. 2.
Planck, a. a. O. 4. Aufl. § 839 Anm. 2.

lich privatrechtlichen Normen unterstehen, daß insbesondere bezüglich der Anfechtbarkeit mängelbehafteter Willenserklärungen nicht das öffentliche Recht, sondern das Zivilrecht maßgeblich ist. Die ganze gesetzgeberische Behandlung bietet demnach keinerlei Anhalt dafür, die Verwalter als staatliche Organe zu begreifen; ihr Aufgabenkreis sowie die Unterstellung ihrer Willensakte unter die Regeln des Privatrechts sprechen vielmehr zwingend dagegen [58]).

Ebensowenig wie die Verwalter als Organe der Staatsgewalt in Betracht kommen, können sie als Organe oder Vertreter einer juristischen Person, etwa der Gläubigerschaft oder des Sondervermögens aufgefaßt werden. Letzteres ist lediglich Objekt von Rechten und kann daher als Rechtssubjekt nicht anerkannt werden [59]). Auch die Gläubigerschaft ist keine juristische Person; wenn auch z. B. im Konkurse die Gläubiger in gewisser Weise organisiert sind, so sind sie doch nicht zu einem mit Rechtssubjektivität ausgestatteten Gesamtwesen zusammengefaßt. Die Konstruktion einer juristischen Person aus dem Gesichtspunkt, daß für die Konkursgläubiger mit der Konkurseröffnung ein dingliches Recht an der Masse entstehe, ist abzulehnen. Das Gesetz gibt zur Annahme eines solchen Rechtes keinen Anlaß. Aus § 3 KO. ergibt sich lediglich, daß die Masse der gemeinsamen Befriedigung aller Konkursgläubiger zu dienen bestimmt ist, und auch aus dem gemäß § 6 KO. stattfindenden Übergang der Dispositionsgewalt folgt nur, daß für die Zwecke des Konkurses eine Art Beschlagnahme des zur Konkursmasse gehörenden Vermögens eintritt. Für die Konkursgläubiger entsteht aber damit keine dingliche Berechtigung [60]).

Nach diesen Ausführungen kann man in den Verwaltern nur natürliche Personen erblicken. Der Verwalter V. aber ist natürliche Person eben nur als Herr V., als Privatperson. Als solche aber will er bei seinen Verwaltungshandlungen nicht auftreten. Ohne Zweifel würde er jedoch, wenn er das besondere Rechtsverhältnis, das ihn zum Handeln veranlaßt, nicht aufdecken würde, für sich persönlich berechtigt oder verpflichtet werden. Diese Wirkung lenkt er, indem er sich als Verwalter bezeichnet, von sich ab. Da er nun in seiner Eigenschaft als Verwalter nicht noch eine zweite natürliche oder juristische Person in sich verkörpert, so kann der Zusatz, durch den er das eigene Interesse verneint, nur den Sinn haben, daß die Rechtswirkung auf ein anderes Rechtssubjekt abgeleitet werden

---

[58]) Lent, a. a. O., S. 296 § 4.
[59]) Stein, Grundriß, S. 112.
[60]) Sarvey-Boßert, a. a. O., 4. Aufl. § 6 Anm. 4.

soll. Das Rechtssubjekt aber, bei dem die Wirkung eintritt, ist ohne Zweifel der Inhaber des verwalteten Sondervermögens [61]).

II. Das Mittel, die Wirkung einer Handlung auf einen anderen abzulenken, bietet der Name. Seine Bedeutung liegt in der Individualisierung der einzelnen Persönlichkeiten, und seine Funktion besteht darin, die Rechtssphäre der einzelnen Menschen gegeneinander abzugrenzen. Aus diesem Grunde sieht auch die Rechtsordnung im Namen das geeignete Mittel zur Ablenkung der Rechtswirkung einer Handlung vom Handelnden auf eine andere Person [62]). Das kommt in § 164 BGB. deutlich zum Ausdruck, nach dem Willenserklärungen, deren Inhalt zur Kenntnisnahme durch andere bestimmt ist und die Fremdwirkung erzeugen sollen, auf den Namen desjenigen gestellt sein müssen, in dessen Person die Wirkung eintreten soll.

Das Gesetz kennt allerdings Ausnahmen, nach denen auch im eigenen Namen vorgenommene Handlungen Wirkung in der Person anderer zeitigen. Diese Ausnahmen sind jedoch genau festgelegt, und keine davon berührt das Gebiet der Verpflichtungsgeschäfte. § 185 BGB. betrifft nur Verfügungen, und die Fälle des Erwerbs vom Nichtberechtigten kraft guten Glaubens betreffen nur dingliche Rechte; bei Forderungen versagt der Schutz des guten Glaubens. Auf die Frage, ob und inwieweit die Möglichkeit besteht, durch Rechtsgeschäfte, die im eigenen Namen vorgenommen werden, unmittelbar für einen anderen Rechte zu erwerben, braucht hier nicht näher eingegangen zu werden, weil das Verwaltungsrecht der genannten Sondergutsverwalter nicht nur die Befugnis zur Vornahme von Verfügungen und zum Rechtserwerb umfaßt, sondern auch das Recht umschließt, den Inhaber des verwalteten Vermögens in bezug auf das Sondervermögen zu verpflichten, eine Verpflichtung des Vermögensträgers im eigenen Namen aber unmöglich ist [63]). Die unmittelbare Bindung einer Person an ein von einem anderen abgeschlossenes Geschäft kann, sofern ein Verpflichtungsgeschäft in Frage steht, nur dann erzielt werden, wenn im Namen dieser Personen gehandelt wird.

Die Auslegung der §§ 1375 und 1379 BGB. in dem Sinne, daß der Ehemann die Frau mit ihrer Zustimmung bzw. der des Vormundschaftsgerichtes durch ein in seinem Namen vorgenommenes Rechtsgeschäft verflichten könnte [64]), ist unrichtig. Zunächst ist im § 1375 BGB. nur von der Zustimmung zu einer Verfügung die Rede, wo-

---

[61]) Maenner, a. a. O. S. 511.
[62]) Matthes, a. a. O. S. 9.
[63]) Binder, Die Rechtsstellung des Erben, S. 380.
Lent, a. a. O. S. 302 § 5.
[64]) v. Spreckelsen, a. a. O. S. 18 und 38.

gegen dem Manne die Befugnis, die Frau rechtsgeschäftlich zu verpflichten, schlechthin abgesprochen wird. Für die Zustimmung zu Verpflichtungsgeschäften können daher nur die allgemeinen Regeln in Betracht kommen [65]). Danach aber ist die Zustimmung der Frau zu einem Rechtsgeschäft des Mannes nur dann geeignet, unmittelbare Wirkung in ihrer Person hervorzurufen, wenn der Mann in ihrem Namen tätig geworden ist. Handelt dagegen der Mann im eigenen Namen, so wirkt das Rechtsgeschäft ungeachtet der Zustimmung der Frau nicht unmittelbar für oder gegen sie. Die Zustimmung zu einem im eigenen Namen vorgenommenen Geschäft und die Zustimmung zum Handeln im fremden Namen sind eben juristisch zwei verschiedene Dinge.

Da nun die Zustimmung des Vormundschaftsgerichtes nur diejenige der Frau ersetzt, so kann der Hinweis auf die §§ 1375 und 1379 BGB. nicht die Anschauung stützen, daß allgemein die Möglichkeit bestehe, durch Handeln im eigenen Namen eine andere Person zu verpflichten [66]). Mangels jeglichen Anhaltspunktes dafür im Gesetz muß es vielmehr hinsichtlich der Verpflichtungsgeschäfte sein Bewenden haben bei der allgemeinen Regel, daß zur Erzielung einer Fremdwirkung auch ein Handeln im fremden Namen erforderlich ist. Es wäre auch gar kein Grund dafür ersichtlich, warum in Fällen, wie den in Frage stehenden Sondergutsverwaltungen, wo klar aufgedeckt wird, daß die Handlungswirkungen in einer anderen Person als der des Verwalters eintreten sollen, der Verwalter im eigenen Namen handeln sollte, und mit Recht stellt Lent die Frage, wie denn eigentlich die abgegebene Erklärung lauten solle. „Ich verpflichte mich", könne sie doch nicht lauten, und „ich verpflichte Herrn X", sei eben die Erklärung als Vertreter [67]).

Die Behauptung, der Verwalter handle im eigenen Namen, läßt sich demnach nicht aufrechterhalten. Die Unmöglichkeit, den Vermögensträger durch ein solches Handeln zu verpflichten, zwingt vielmehr zum Handeln im fremden Namen; in diesem Sinne allein ist daher auch die Bezeichnung „als Verwalter" zu verstehen.

§ 11.

d) Spricht der Umstand, daß den Vermögensinhabern die Verfügungsbefugnis entzogen ist, gegen die Vertretertheorie?

[65]) Hellwig, Anspruch und Klagerecht, S. 300.
RGK., 6. Aufl., § 1375 Anm. 1.
[66]) Lent, a. a. O. S. 303.
[67]) Lent, a. a. O. S. 304.

v. Spreckelsen erblickt u. a. in dem Umstand, daß den Vermögensinhabern während der Dauer der Verwaltung die Verfügungsmacht entzogen ist, einen Grund zur Ablehnung der Vertretertheorie. Dieser Verlust der Verfügungsmacht sei durch die Anordnung gesetzlicher Stellvertretung nicht begründet, denn sofern jemand im Besitze der vollen Geschäftsfähigkeit sei, werde seine Verfügungsbefugnis durch den Eintritt gesetzlicher Stellvertretung nicht berührt. Z. B. sei im Falle der Pflegschaft im Interesse eines Vollgeschäftsfähigen (§§ 1919 und 1911 BGB.) dieser in keiner Weise gehemmt, selbst rechtswirksam zu verfügen. Bei der Vertretung eines Geschäftsunfähigen ermangele der Vertretene allerdings der Verfügungsmacht, aber hier sei der Grund nicht in der Anordnung der gesetzlichen Stellvertretung, sondern eben in der Geschäftsunfähigkeit zu suchen. Aus der Entziehung der Verfügungsmacht soll sich daher ergeben, daß die Rechtsstellung der genannten Verwalter stärker ist als diejenige gesetzlicher Vertreter, und daß die Annahme einer gesetzlichen Stellvertretung nicht geeignet ist, die bei Vorhandensein eines Verwalters vorliegende Rechtslage hinreichend zu erklären[68]).

Hierzu ist zu bemerken, daß in den Fällen der fraglichen Vermögensverwaltungen die Verfügungsbeschränkung der Vermögensträger nicht die Folge der Anordnung einer Verwaltung ist, sondern umgekehrt die Verwaltungsanordnung die politisch notwendige Folge der Entziehung der Verwaltungsbefugnis. Die Entziehung der Verwaltung erfolgt aus bestimmten rechtspolitischen Gründen, denn durch die Entziehung der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis wird eine Vorsorge für die Rechte, die der von der Entziehung der Verfügungsmacht Betroffene nicht mehr wahrnehmen kann, erforderlich. Wie nun diese Vorsorge zu treffen ist, ist eine Frage der Zweckmäßigkeit. Bisher hat sich nichts ergeben, weshalb sie nicht einem gesetzlichen Vertreter übertragen werden könnte. Gehört aber zum Begriff der Stellvertretung lediglich das Handeln im fremden Namen mit Wirkung für einen andern und an dessen Stelle, so läßt sich, wenn diese Begriffsmerkmale nachgewiesen werden, das Vorliegen der Stellvertretung nicht dadurch hinwegargumentieren, daß man auf Umstände hinweist, die wie die Entziehung der Verfügungsmacht ganz außerhalb der Stellvertretung liegen.

---

[68]) Vgl. v. Spreckelsen, a. a. O. S. 6, 53, 106.

§ 12.

e) Rückblick.

Die bisherigen Ausführungen haben ergeben, daß die behandelten Einwände, die gegen die Anschauung, die Verwalter seien gesetzliche Vertreter der Inhaber des verwalteten Vermögens, ins Feld geführt werden, ihre Ablehnung nicht zu rechtfertigen vermögen, und daß sie nicht geeignet sind, die Notwendigkeit einer Amtsstellung im Sinne der Amtstheorie darzutun. In bezug auf die juristische Natur der dem verwalterlichen Handeln zugrunde liegenden Rechtsmacht bestand zunächst sowohl die Möglichkeit, sie als Vertretungsmacht aufzufassen, wie die Möglichkeit, sie als eine Handlungsmacht im Sinne der Amtslehre zu erklären. Da das Gesetz zu der Frage mit ausdrücklichen Worten nicht Stellung genommen hatte, mußte sie aus allgemeinen Gesichtspunkten beantwortet werden. Es bestand von vornherein eine Vermutung für das Vorliegen von Vertretungsmacht, da die Stellvertretung das einzige Rechtsinstitut ist, welches die Rechtsordnung ganz allgemein zur Erklärung fremdwirkender Rechtsgeschäfte darbietet [69]). Die bisher behandelten Gründe der Amtstheorie vermochten diese Vermutung nicht zu entkräften. Weder der Gesichtspunkt der Interessenwahrung noch der Wille des Vertretenen boten Anhaltspunkte für eine Entscheidung im Sinne der Amtslehre. Auch die Behauptung, die Verwalter handelten im eigenen Namen, entbehrte der Begründung. Dagegen sprach wiederum eine Vermutung für das Handeln im fremden Namen [70]); sie verdichtete sich zur Gewißheit durch die Erkenntnis, daß niemand einen andern durch ein im eigenen Namen vorgenommenes Rechtsgeschäft verpflichten kann, daß jedenfalls das Gesetz eine solche Möglichkeit nicht vorgesehen hat. Schließlich sprach auch die Entziehung der Verfügungsbefugnis nicht gegen die Vertretertheorie.

Es fragt sich nun, ob die weiteren gegen die Vertretertheorie vorgebrachten Einwände so zwingend sind, daß unter dem Gewicht der Gründe wohl oder übel angenommen werden müßte, die Rechtsordnung habe die Stellung der Verwalter in einer Weise geregelt, für die sich im übrigen dann eben kein Seitenstück findet.

Die bisher behandelten Argumente, die gegen die Annahme einer Stellvertretung angeführt wurden, galten sowohl für den Konkursverwalter und Zwangsverwalter wie für den Testamentsvollstrecker und Nachlaßverwalter. Die übrigen wenden sich nicht

---

[69]) Vgl. oben S. 24 Anm. 48.
[70]) Vgl. oben S. 25.

so allgemein gegen die Vertreterstellung aller dieser Verwalter; sie sind den einzelnen Rechtsinstituten, insbesondere der Testamentsvollstreckung und Konkursverwaltung, entnommen, und richten sich demgemäß auch nur gegen die Vertreterstellung der betreffenden Verwalter. Es ist unerläßlich, auf die wichtigsten im folgenden einzugehen.

B. Besondere Einwände gegen die Vertreterstellung des Testamentsvollstreckers und des Konkursverwalters.

§ 13.

a) Ist der Testamentsvollstrecker gesetzlicher Vertreter?

Bezüglich des Testamentsvollstreckers wird zunächst geltend gemacht, daß er, wenn er schon als Vertreter in Betracht komme, doch jedenfalls nicht gesetzlicher Vertreter sein könne, da er nicht vom Gesetz, sondern vom Erblasser eingesetzt sei [71]). Nach der Auffassung des Reichsgerichts hat nur derjenige einen Anspruch auf den Titel eines gesetzlichen Vertreters, „der durch das Gesetz zur Vertretung berufen ist, sei es unmittelbar, sei es durch Bestellung des Richters vermittelt. Nicht aber ist derjenige gesetzlicher Vertreter, dessen Berufung auf dem Willensakt einer Privatperson beruht, gleichviel, ob der Umfang seiner Befugnisse fixiert ist oder nicht [72])." Dieser Ansicht ist jedoch nicht beizupflichten. Gesetzliche Vertretung liegt vielmehr schon dann vor, wenn das Gesetz dem Willen des Vertreters die gleiche Wirkung einräumt wie dem Willen des Vertretenen, und der Vertreter seine Rechtsmacht nicht vom Willen des Vertretenen herleitet, er diesem vielmehr aufgezwungen ist [73]). Im übrigen beruht die Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers auch nicht allein auf der Anordnung des Erblassers, sondern zur Entstehung der Testamentsvollstreckereigenschaft bedarf es einer Annahme seitens des Testamentsvollstreckers. Mit der Annahme aber erlangt dieser die Rechtsstellung eines Testamentsvollstreckers kraft Gesetzes [74]).

---

[71]) Freudenheim, a. a. O. S. 21.
Enck, a. a. O. S. 57.
Leonhard, Erbrecht, Anm. II A 43 zu § 2197 BGB.
[72]) Seufferts Arch. Bd. 43, Nummer 30.
[73]) Siegert, a. a. O. S. 19.
v. Tuhr, a. a. O. § 86 I 4.
Binder, Die Rechtsstellung des Erben, III S. 379 A 18.
Jensen, a. a. O. S. 25.
[74]) v. Spreckelsen, a. a. O. S. 4.

b) Die Möglichkeit der Prozeßführung zwischen Testamentsvollstrecker und Erben.

I. Die Notwendigkeit, den Testamentsvollstrecker als Partei kraft Amtes aufzufassen, soll sich nun ferner daraus ergeben, daß der Testamentsvollstrecker in die Lage kommen kann, gegen den Erben Prozesse führen zu müssen[75]). Die Möglichkeit solcher Prozesse ergibt sich insbesondere aus den Vorschriften der §§ 2206 Abs. 2 und 2208 Abs. 2 BGB. Hier würde, sobald man im Testamentsvollstrecker den gesetzlichen Vertreter des Erben erblicke, auf beiden Seiten des Prozeßrechtsverhältnisses die gleiche Partei stehen, was aber unmöglich sei, da jeder Prozeß notwendig zwei Parteien erfordere.

Von Anhängern der Vertretertheorie ist gegen diesen Einwand angeführt worden, daß der Fall, wo der Testamentsvollstrecker den Erben verklage, z. B. auf Zustimmung zum Eingehen einer Verbindlichkeit, doch nicht ganz gleich gelagert sei dem Falle, daß jemand gegen sich selbst prozessiere. So weist Arnold[76]) auf die Spaltung des Erbenvermögens in Nachlaß- und Privatvermögen hin: wenn der Testamentsvollstrecker gegen den Erben vorgehe, so richte sich seine Klage nicht gegen den Erben als Subjekt des Nachlasses, sondern des freien Vermögens. Als vom Testamentsvollstrecker vertretener Partei aber komme der Erbe nur in seiner Eigenschaft als Subjekt des Nachlasses in Betracht, in Wirklichkeit seien also auch hier zwei Parteien vorhanden.

Die Richtigkeit dieses letzten Satzes wird man nun allerdings mit den Gegnern der Vertretertheorie verneinen müssen, denn der Erbe verkörpert in sich nur ein einziges Rechtssubjekt, er ist Subjekt des Nachlaßvermögens und des Privatvermögens in einer Person. Immerhin wird man sich der Tatsache kaum verschließen können, daß im Falle eines Prozesses des Testamentsvollstreckers gegen den Erben eine Lage gegeben ist, die inhaltlich kaum einen Unterschied aufweist gegenüber dem Falle, daß zwei Parteien vorhanden sind. Das erkennt selbst v. Spreckelsen, der sich im übrigen gegen die Auffassung des Testamentsvollstreckers als gesetzlichen Vertreter des Erben wendet, an. Nach seiner Meinung müssen in den Fällen, wo aus dem Vermögen einer Person ein Sondervermögen abgespalten ist, Rechte, Verbindlichkeiten und Prozesse im Verhältnis

---

[75]) Weber, a. a. O. S. 20.
Jensen, a. a. O. S. 26.
[76]) Arnold, a. a. O. S. 25.

beider Vermögensmassen zueinander zugelassen werden, obgleich Berechtigter und Verpflichteter, Kläger und Beklagter, die gleiche Person sind [77]).

Auch v. Tuhr hält die Schwierigkeiten, die sich für die Vertretertheorie aus der Möglichkeit der Prozeßführung zwischen Verwalter und Vermögensinhaber ergeben, nicht für unüberwindlich. Diese prozessuale Häresie sei die Konsequenz der abnormen zivilrechtlichen Tatsache, daß demselben Subjekt zwei Vermögen gehören. In bezug auf die Zugehörigkeit einzelner Vermögensstücke und obligatorischer Rechtsverhältnisse zur einen oder anderen Vermögensmasse können Unklarheiten vorkommen. An der Beseitigung dieser Unklarheiten seien aber die Gläubiger mehr interessiert als der Vermögensinhaber. Aus diesem Grunde müsse es die Möglichkeit eines Prozesses geben, bei dem sich dann allerdings auf Seiten des Hauptvermögens das Vermögenssubjekt, und auf Seiten des Sondergutes der Verwalter als Vertreter des Subjekts, dem die Verwaltung in bezug auf diese Vermögensmasse entzogen sei, gegenüberstehen [78]).

II. Diese Erwägungen würden auch in anderen Fällen, z. B. bei der Prozeßführung zwischen Nachlaßverwalter und Erben auf Grund der Bestimmungen der §§ 1976 und 1978 BGB., Platz greifen. Richtiger erscheint jedoch folgende Erwägung:

Es kann zugegeben werden, daß der Testamentsvollstrecker in den genannten Fällen nicht als gesetzlicher Vertreter, sondern im eigenen Namen gegen den Erben klagt, ohne daß man darum die Meinung, der Testamentsvollstrecker sei Erbenvertreter, fallen lassen müßte. Ein gesetzlicher Vertreter muß ja durchaus nicht stets als Vertreter auftreten, denn jemand ist nur insoweit Vertreter, als er in Angelegenheiten tätig wird, die rechtlich und im Außenverhältnis nicht ihn, sondern den Vertretenen betreffen, und in denen dieser selbst handeln müßte, wenn nicht der Vertreter dazwischentreten würde [79]). In anderen Fällen handelt er eben nicht anstelle des Vertretenen. Streitet z. B. ein gesetzlicher Vertreter mit dem Vertretenen über den Umfang der Vertretungsbefugnis, so verfolgt er sein eigenes, nicht des Vertretenen Recht. Infolgedessen klagt er im eigenen Namen und ist er selbst Partei. Niemand würde auf den Gedanken kommen, ihm deshalb die Rechtsstellung eines Vertreters zu bestreiten.

---

[77]) v. Spreckelsen, a. a. O. S. 3.

[78]) v. Tuhr, a. a. O. Bd. 1 S. 346. Im gleichen Sinne anch Maenner, a. a. O. S. 790.

[79]) Füllenbach, a. a. O. S. 42.
Matthes, a. a. O. S. 13.

Klagt nun der Testamentsvollstrecker gegen den Erben, so ist zunächst einmal die Frage zu stellen, ob den Gegenstand des Streites ein Recht des Erben oder ein Recht des Testamentsvollstreckers bildet. Bei einer Klage auf Zustimmung zu einem Verpflichtungsgeschäft trifft das letztere zu. Die Einwilligung des Erben zu einem derartigen Rechtsgeschäft ist nicht etwa Voraussetzung für seine Wirksamkeit, es ist vielmehr gemäß § 2206 Abs. 1 BGB. auch ohne Einwilligung des Erben voll wirksam. Die Einwilligung hat nur die Folge, daß der Erbe später nicht gegen den Testamentsvollstrecker vorgehen und die Berechtigung des Testamentsvollstreckers im Sinne des § 2206 BGB. nicht angezweifelt werden kann, sie soll also dem Testamentsvollstrecker nur ein ungehindertes Auftreten als Vertreter sichern [80]). Die gerichtliche Geltendmachung der Einwilligung aber ist keine Vertretungshandlung, denn Gegenstand des Rechtsstreites ist ja nicht das Recht des Erben, sondern das Recht des Testamentsvollstreckers auf ungehinderte Ausübung des ihm vom Gesetz übertragenen Verwaltungsrechtes [81]). Demnach steht der Testamentsvollstrecker dem Erben hier also als Partei gegenüber. Da j e d e r gesetzliche Vertreter in die Lage kommen kann, in solcher Weise über sein Verwaltungsrecht mit dem Vertretenen zu prozessieren, so bietet die Tatsache, daß der Testamentsvollstrecker den Erben im eigenen Namen auf Zustimmung zur Eingehung von Verpflichtungsgeschäften verklagen kann, nichts Besonderes, bedingt demnach auch nicht eine Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers im Sinne der Amtstheorie. Der Testamentsvollstrecker ist hier nicht Partei kraft Amtes im Streite über ein fremdes Rechtsverhältnis, sondern höchstens materiell Berechtigter kraft Amtes [82]).

Das gleiche gilt für den Fall des § 2208 Abs. 2 BGB. Das hierdurch dem Testamentsvollstrecker eingeräumte Recht, vom Erben die Ausführung letztwilliger Verfügungen zu verlangen, ist kein Anspruch des Erben, den der Testamentsvollstrecker vertretungsweise geltend zu machen hätte, sondern ein eigener, wenn auch altruistischer Anspruch des Testamentsvollstreckers [83]). Dieser Anspruch ist im übrigen unabhängig vom Verwaltungsrecht, denn er steht auch dem nichtverwaltungsberechtigten Testamentsvollstrecker zu. Tatsächlich nimmt also der Testamentsvollstrecker als Verwalter und

---

[80]) Staudinger, a. a. O. 9. Aufl. Bem. zu §§ 2197—2202 BGB. I F 2 Fußnote.
[81]) Siber, a. a. O. S. 24. (Die Prozeßführung usw.)
[82]) Siber, Die Prozeßführung, S. 65.
[83]) Siber, „ „ „ S. 65 1 ß.
v. Spreckelsen, a. a. O. S. 7.

als Vollzieher letztwilliger Verfügungen eine Doppelstellung ein[84]); insofern kann man wohl von einem Amte des Testamentsvollstreckers sprechen, nur ist das kein Amt im Sinne der Amtslehre, da es keinesfalls ausschließt, daß der Testamentsvollstrecker bei der Verwaltung des Nachlasses als Vertreter des Erben auftritt.

§ 15.

c) Die Klagenhäufung des § 2213 BGB.

Auch § 2213 BGB. läßt sich nicht zur Begründung der Amtstheorie heranziehen. Die in diesem Paragraphen vorgesehene Klagenhäufung gibt zu Bedenken gegen die Annahme einer Vertreterstellung des Testamentsvollstreckers, wie vielfach behauptet wird[85]), keinen Anlaß. Bedenken könnten nur dann entstehen, wenn beiden Klagen der gleiche Anspruch zugrunde liegen würde, weil dann in jedem Falle die Einrede der Rechtshängigkeit begründet wäre. Das ist jedoch nicht der Fall. Erhebt ein Nachlaßgläubiger die Leistungsklage gegen den Erben, so berührt diese Klage den Testamentsvollstrecker nicht, da während der Dauer der Verwaltung eine Vollstreckung in den Nachlaß ausgeschlossen ist, es sei denn, daß ein zweiter Prozeß gegen den Testamentsvollstrecker, der aber nicht ebenfalls auf Leistung gerichtet sein kann, durchgeführt wird. Nur der Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung gegen den Testamentsvollstrecker ist im § 2213 Abs. 3 BGB. ausdrücklich vorgesehen; die Zulässigkeit einer zweiten Leistungsklage gegen ihn ist aus § 2213 BGB. nicht zu begründen[86]). Wenn nach § 2213 BGB. die Partei und ihr gesetzlicher Vertreter zugleich verklagt werden können, so ist das demnach nicht so unnatürlich, wie die Anhänger der Amtstheorie meinen, da den Gegenstand der Klage im einen Falle der Anspruch auf Leistung, im anderen aber der auf Duldung der Zwangsvollstreckung gerichtete Anspruch bildet.

---

[84]) Staudinger, a. a. O. 9. Aufl. Bem. zu den §§ 2197—2201 I F 2 und I F 4 BGB.
Siber, Das Prozeßführungsrecht, S. 65, 1 ß.

[85]) Weber, a. a. O. S. 20.
Schultze in Iherings Jahrb. Bd. 43 S. 67.
v. Spreckelsen, a. a. O. S. 7.

[86]) Staudinger, a. a. O. 5/6. Aufl. zu § 2212 ff. I B Nr. 3.
Jensen, a. a. O. S. 446.
Anderer Ansicht: Siegert, a. a. O. S. 67.
Leonhard, Erbrecht, 2. Aufl. § 2213 Anm. I b.

§ 16.

d) Die Bedeutung des § 327 ZPO.

Eine besonders starke Stütze ihrer Anschauung erblicken die Anhänger der Amtslehre in der Vorschrift des § 327 ZPO.

Diese Gesetzesbestimmung soll völlig unerklärlich sein, wenn der Erbe selbst Partei, der Testamentsvollstrecker aber nur sein gesetzlicher Vertreter ist, denn gegenüber der Partei wirke ja das Urteil stets schon nach § 325 ZPO. Nur wenn man den Testamentsvollstrecker als Partei auffasse, habe § 327 ZPO. einen Sinn, weil es dann einer besonderen Bestimmung bedürfe, welche die unbedingt erforderliche Bindung des Erben an die zwischen dem Testamentsvollstrecker und Dritten ergangenen Urteile ausspreche [87]).

Diese Anschauung ist unrichtig; § 327 ZPO. weist durchaus nicht notwendig auf die Parteistellung des Testamentsvollstreckers hin. Diese Vorschrift wäre nur dann überflüssig, wenn das Gesetz den Testamentsvollstrecker ausdrücklich als den Vertreter des Erben bezeichnet hätte, was jedoch nicht geschehen ist. Das Gesetz hat zu der Frage der Rechtsstellung ausdrücklich weder Stellung genommen noch nehmen wollen, infolgedessen bietet sich für das Vorhandensein des § 327 ZPO. auch folgende Erklärung:

Der erste Entwurf des BGB. hatte den Testamentsvollstrecker als Vertreter des Erben bezeichnet [88]). In der Kommission zur zweiten Lesung wurden aber Zweifel über die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers laut und es wurde die Anschauung vertreten, der Testamentsvollstrecker sei nicht Erbenvertreter [89]). Die Tatsache, daß schließlich von einer ausdrücklichen Stellungnahme im Gesetz Abstand genommen wurde, bietet nun aber keinesfalls Anlaß zu der Annahme, daß man sich überzeugt hätte, daß einer anderen Konstruktion der Vorzug gebühre. Eine solche Überzeugung würde doch höchstwahrscheinlich im Gesetz deutlich zum Ausdruck gebracht worden sein. Das Schweigen des Gesetzes läßt lediglich den Schluß zu, daß die Kommission durch die vorgebrachten Gründe in ihrer Auffassung schwankend geworden ist [90]).

---

[87]) Binder, Erbrecht, S. 40.
Stein, a. a. O., 14. Aufl. § 327 ZPO. Anm. 1.
Patzelt, a. a. O. S. 43.
Enck, a. a. O. S. 33.

[88]) § 1903 I, vgl. Motive zum BGB. V S. 217, 236.

[89]) Vgl. Protokolle V S. 289 ff.

[90]) Seuffert, a. a. O., 11. Aufl. § 327 Anm. 1.
Förster-Kann, a. a. O., 3. Aufl. § 327 Anm. 1.
Jensen, a. a. O. Anm. 1, S. 16.

Um aber zu verhüten, daß die bezüglich der Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers vorhandenen Zweifel sich in einer für die Praxis verhängnisvollen Weise auswirkten, mußte die Erstreckung der Urteilswirkung auf den Erben, ohne die nicht auszukommen war, durch ausdrückliche Regelung dem Streite der Meinungen entzogen werden [91]). So erklärt sich die Bestimmung des § 327 ZPO., die innerlich auch nur vom Standpunkt der Erbenvertretung aus zu begründen ist [92]). Ihr Vorhandensein zwingt also nicht zur Annahme der Parteistellung des Testamentsvollstreckers, läßt sich vielmehr, was von Eck-Leonhard auch zugestanden wird, ebenso gut als Beweis für die Theorie der Erbenvertretung heranziehen [93]).

Die Betrachtung der wichtigsten Einwände, die gegen die hier vertretene Auffassung von der Rechtstellung des Testamentsvollstreckers geltend gemacht werden, hat ergeben, daß keiner der vorgebrachten Gründe geeignet war, die Auffassung des Testamentsvollstreckers als gesetzlichen Erbenvertreter zu erschüttern. In den Fällen der §§ 2206 Abs. 2 und 2208 Abs. 2 BGB. mußte allerdings zugegeben werden, daß hier der Testamentsvollstrecker nicht als Vertreter, sondern als Partei im eigenen Namen klagt. Der verallgemeinernde Schluß, der Verwalter handle stets im eigenen Namen und sei also als Partei kraft Amtes aufzufassen, erwies sich als unrichtig. Bei den genannten Prozessen handelte es sich nämlich um Fälle, die durch die Fragestellung, von der hier ausgegangen wurde, gar nicht berührt werden, denn die Fragestellung: gesetzlicher Vertreter oder Partei? ist zu beschränken auf Prozesse über Rechte und Pflichten des Vermögensinhabers [94]). Bei den sich auf Grund der Bestimmungen der §§ 2206 Abs. 2 und 2208 Abs. 2 BGB. ergebenden Prozessen aber bilden den Gegenstand des Streites nicht Rechte des Vermögensträgers, sondern eigene Rechte des Testamentsvollstreckers [95]). Solche Prozesse, bei denen über Bestehen oder Umfang des Verwaltungsrechtes im ganzen oder über einzelne diesem entspringende Rechte gestritten wird, kommen auch bei anderen Vermögensverwaltungen vor, so z. B. bei der Nachlaßverwaltung auf Grund der Vorschriften der §§ 1976 und 1978 BGB., wie auch bei der Konkursverwaltung [96]). Es handelt sich hier um Fälle, in denen auch Verwalter mit zweifelloser gesetzlicher Vertretungsmacht

---

[91]) Staudinger, 9. Aufl. Bem. zu §§ 2197—2201 BGB. I F 4.
[92]) „ „ „ „ „ Füllenbach, a. a. O. S. 46—47.
[93]) Eck-Leonhard, Vorträge über das Recht des BGB., Bd. III § 23.
[94]) Siber, Die Prozeßführung, S. 68.
[95]) „ Das Verwaltungsrecht . . . ., S. 196.
[96]) Jaeger, a. a. O., 5. Aufl. § 6 Anm. 15.

nicht als Vertreter, sondern als Partei auftreten, ohne daß dadurch ihre Vertretereigenschaft im geringsten in Frage gestellt würde [97]).

§ 17.

e) Die Rechtsstellung des Konkursverwalters in bezug auf das gemäß § 36 KO. von ihm auszuübende Anfechtungsrecht.

I. Es ist nunmehr noch auf einen Einwand aus dem Gebiete des Konkursrechts einzugehen. Bei der Bedeutung, welche die Amtstheorie diesem Argument beimißt, und da seine Überwindung den Anhängern der hier vertretenen Lehre anerkanntermaßen Schwierigkeiten bereitet, rechtfertigt sich eine eingehendere Behandlung dieses Punktes.

Es wird behauptet, das gemäß § 36 KO. vom Konkursverwalter auszuübende Anfechtungsrecht sei kein Recht des Gemeinschuldners. Folglich könne es auch der Konkursverwalter nicht in Vertretung des Gemeinschuldners geltend machen; in bezug auf das Anfechtungsrecht lasse sich also jedenfalls die Stellvertretungslehre, so wie sie hier verfochten wird, nicht durchführen. Diese Auffassung findet sich selbtst bei Wissenschaftern, die im übrigen die Meinung teilen, daß im Konkursverwalter der gesetzliche Vertreter des Gemeinschuldners erblickt werden muß [98]).

Die Überwindung der Schwierigkeiten wird davon abhängen, ob es möglich ist, das Anfechtungsrecht als Recht des Gemeinschuldners aufzufassen. Das zu betonen, hält Verfasser gegenüber den Ausführungen Maenners für angebracht [99]). Maenner will nämlich den Satz, daß jemand als Vertreter nur insoweit in Betracht komme, als er in Angelegenheiten des „Andern" tätig wird, nur in bezug auf den rechtsgeschäftlich bestellten Vertreter gelten lassen. Nur die Funktionen eines Bevollmächtigten seien begrenzt durch den Kreis der rechtlichen Befugnisse des Vollmachtgebers, während das Gesetz bei der Begrenzung des Wirkungskreises gesetzlicher Vertreter diesen Befugnisse einräumen könne, die den Vertretenen selbst nicht zustehen. Für das Gesetz bestehe in dieser Hinsicht keine Schranke; entscheidend sei hier lediglich, daß die vom Handelnden vorgenommenen Handlungen für und wider den „Andern" wirken. Sei das der Fall, so komme nichts darauf an, ob die Geschäfte, mit deren Wahrnehmung der Vertreter gesetzlich betraut ist, die rechtlichen Befugnisse des Vertretenen überschreiten.

---

[97]) Oben Seite 39 Anm. 96.
[98]) Oben Seite 39 Anm. 96.
[99]) Maenner, a. a. O. S. 784.

Diesen Ausführungen kann nicht beigepflichtet werden. Es ist zwar richtig, daß immer dann, wenn eine im fremden Namen vorgenommene Handlung Wirkung in der Person des „Andern" erzeugt, die dem Handeln Wirkung verleihende Rechtsmacht Vertretungsmacht gewesen sein muß. Darüber ist bereits gesprochen worden [100]). Der Eintritt einer Wirkung aber ist eben dadurch bedingt, daß wirklich Stellvertretung vorliegt, daß anstelle des „Andern" gehandelt wird oder, wie es oben ausgedrückt wurde [101]), daß es sich um eine Angelegenheit handelt, die rechtlich und im Außenverhältnis den Vertretenen betrifft, und in der dieser ohne das Dazwischentreten des Handelnden selbst tätig zu werden gezwungen wäre. Daraus folgt aber für den vorliegenden konkreten Fall, daß zum Beweise der Behauptung, der Konkursverwalter übe das Anfechtungsrecht als Vertreter des Gemeinschuldners aus, unbedingt der Nachweis erbracht werden muß, daß das Anfechtungsrecht ein Recht des Gemeinschuldners ist; keinesfalls ist es angängig, dieser Auffassung die Anerkennung zu versagen, aber gleichwohl die Lehre von der Vertretung des Gemeinschuldners durch den Konkursverwalter auch bezüglich des Anfechtungsrechtes durchführen zu wollen. Mit der Erkenntnis, daß es sich beim Anfechtungsrecht um eine Angelegenheit handelt, die außerhalb des Rahmens der rechtlichen Befugnisse des Gemeinschuldners liegt, wäre vielmehr die Unhaltbarkeit der Anschauung, der Konkursverwalter handle auch bei der Geltendmachung des Anfechtungsrechtes als gesetzlicher Vertreter des Gemeinschuldners, erwiesen.

II. Die Konkursordnung hat das Subjekt, das zum Rückgewährverlangen berechtigt sein soll, nicht genannt; sie bestimmt lediglich, daß das Anfechtungsrecht vom Konkursverwalter ausgeübt werde (§ 36 KO.). Die Ansicht, daß hier wie sonst überall das Massesubjekt Träger des Rechtes sei, wird meist aus folgender Erwägung abgelehnt:

Vor dem Konkurse steht dem Schuldner ein Anfechtungsrecht nicht zu. Vernünftigerweise kann derjenige, der durch seine Handlungen sein Vermögen vermindert und dadurch indirekt seine Gläubiger schädigt, diese nicht selbst anfechten, weil sonst demjenigen, in dessen Person gerade die Anfechtungsgründe liegen, das Resultat der Anfechtung zugute kommen würde [102]), während doch begrifflich das Anfechtungsrecht nur den Gläubigern derjenigen Person zustehen kann, deren Handlung den Gegenstand der Anfechtung

[100]) Vgl. die Ausführungen oben S. 19 ff.
[101]) „ „ „ „ S. 35.
[102]) v. Tuhr, a. a. O. I § 19 II S. 333.

bildet[103]). Ebenso sind nach Beendigung des Konkurses nur die Gläubiger, nicht der Schuldner anfechtungsberechtigt. Aus dem Umstand nun, daß außerhalb des Konkurses das Anfechtungsrecht den Gläubigern zusteht, hat man geschlossen, daß es auch während des Konkurses als Recht der Gläubiger oder der Gläubigerschaft vom Konkursverwalter in deren Vertretung ausgeübt werde.

Das trifft jedoch nicht zu, insbesondere ist auch die Ansicht, der Konkursverwalter vertrete nur hinsichtlich des Anfechtungsrechtes die Gläubiger, im übrigen aber den Gemeinschuldner[104]), unhaltbar. In bezug auf diese Meinung ist zu bedenken, daß das Anfechtungsrecht nicht nur klageweise, sondern auch im Wege der Einrede oder mittels Replik geltend gemacht werden kann. Geschieht das, so hört der Gemeinschuldner, der als Partei, vertreten durch den Konkursverwalter, verklagt wurde, in dem Augenblick, wo der Konkursverwalter von dem Anfechtungsrecht mittels Einrede Gebrauch macht, auf, Partei zu sein — ein unhaltbares Ergebnis[105]). Abgesehen davon, würde es sich bei dieser Einrede gar nicht um eine solche der Partei, sondern um eine Einrede aus dem Rechte eines Dritten handeln.

Im übrigen kommt die Gläubigerschaft, wie schon erwähnt, als Träger des Anfechtungsrechtes nicht in Betracht, denn das Anfechtungsrecht als Privatrecht erfordert als Träger ein privatrechtfähiges Subjekt. Als solches ist aber weder die Gläubigerversammlung noch der Gläubigerausschuß anzuerkennen[106]).

Die Ansicht aber, nach welcher der Konkursverwalter das Anfechtungsrecht als Vertreter der einzelnen Gläubiger ausübt, muß um deswillen verworfen werden, weil zurzeit der Konkurseröffnung noch nicht alle Gläubiger bekannt sind, sondern viele erst im Laufe des Verfahrens ermittelt werden, die Anfechtung aber nicht bis zur Feststellung aller Gläubiger aufgeschoben werden kann[107]).

Der Gedanke, das Anfechtungsrecht der Gläubiger stehe diesen auch während des Konkurses zu, liegt ja zunächst nahe. Er verliert aber an Natürlichkeit, wenn man in Erwägung zieht, daß die Anfechtungsrechte innerhalb und außerhalb des Konkurses einen ganz verschiedenen Charakter aufweisen[108]). Schon die Voraus-

---

[103]) Petersen, Sächs. Archiv f. bürgerl. Recht u. Prozeß, I. Bd. S. 36.
[104]) Jaeger, a. a. O., 3./4. Aufl. § 6 Anm. 15.
[105]) Petersen, Sächs. Archiv I. Bd. S. 39 ff.
[106]) Vgl. Sarvey-Boßert, 4. Aufl. § 6 Nr. 4.
[107]) Lent, a. a. O. S. 306.
[108]) v. Tuhr, a. a. O. II § 44 S. 43.
Petersen, Sächs. Archiv, I. Bd. S. 37.

setzungen sind ungleichartig; sie sind für die Anfechtung während des Konkurses stark erweitert. So ist gemäß § 30 KO. der Konkursverwalter zur Anfechtung von Handlungen berechtigt, die von den einzelnen Gläubigern nicht angefochten werden können, denn die besondere Konkursanfechtung ist ihrem Inhalte nach als Recht der einzelnen Gläubiger gar nicht denkbar[109]). Sodann äußert die vom Konkursverwalter ausgeübte Anfechtung auch andere Wirkungen als die gewöhnliche Gläubigeranfechtung: Das Ziel dieser ist die Zwangsvollstreckung in den veräußerten Gegenstand, während das auf Grund erfolgreicher Anfechtung durch den Konkursverwalter gemäß § 37 KO. Zurückgewährte zur Konkursmasse und damit ins Eigentum des Gemeinschuldners zurückfällt. Eine Zwangsvollstreckung in die dem Vermögen des Schuldners entzogenen Gegenstände ist aber infolge der Vorschrift des § 14 KO. nach der Eröffnung des Konkurses nicht mehr möglich, mit dem Recht auf Zwangsvollstreckung aber verlieren die Gläubiger zugleich die Anfechtungsbefugnis[110]). Ein neues, selbständiges, von dem bisherigen Anfechtungsrecht der Einzelgläubiger unabhängiges Anfechtungsrecht der Gläubigerschaft oder den einzelnen Gläubigern einzuräumen, war aus den angeführten Gründen nicht möglich. Ein eigenes Recht des Konkursverwalters aber anzunehmen, geht ebenfalls nicht an; die Gründe für die Ablehnung der Organstellung des Konkursverwalters wurden oben angeführt[111]), danach war die Annahme eines staatlichen Organs in Fällen, wo es sich wie hier um die Wahrnehmung rein privater Interessen handelt, nicht gerechtfertigt. Da auch die Rechtssubjektivität der Masse abzulehnen ist[112]), so kommt als Träger des Rückgewähranspruchs nur noch der Gemeinschuldner in Betracht, und dieser Gedanke ist nicht so unnatürlich, wie vielfach angenommen wird.

III. Die erfolgreiche Anfechtung durch den Konkursverwalter bewirkt, daß der nunmehr an die Masse zurückzugewährende Gegenstand in das Eigentum des Gemeinschuldners zurückfällt (§ 37 KO.), daß die zurückzuerstattenden Gegenleistungen aus dem Vermögen des Gemeinschuldners zu entrichten sind (§ 38 KO.), und schließlich, daß das Forderungsrecht des Empfängers infolge der Rückgewähr wieder auflebt (§ 39 KO.). Das Vermögen des Gemeinschuldners wird also durch die Anfechtung in stärkstem Maße berührt[113]). Es

[109]) Jaeger, a. a. O. 5. Aufl. § 6 Anm. 15.
[110]) v. Tuhr, a. a. O. I § 19 II S. 333.
Petersen, Sächs. Archiv Bd. I S. 37.
[111]) Oben S. 26 ff.
[112]) Oben S. 28.
[113]) Lent, a. a. O. S. 306.
Petersen, Säch. Archiv, Bd. I S. 39.

lag also nicht so fern, die durch die Entziehung des Anfechtungsrechtes der Einzelgläubiger entstandene Lücke dadurch auszufüllen, daß man das Anfechtungsrecht dem Konkursverwalter, der ja die Masse zu sammeln, zu verwerten und zu verteilen hat, als Massebestandteil anvertraute, damit dieser es zugunsten der Gläubiger verwirkliche[114]). Es ist ferner von Bedeutung, daß es sich nach der Konkurseröffnung gar nicht mehr um eine Schädigung der einzelnen Gläubiger handelt, sondern um eine Verminderung des zu ihrer gemeinsamen Befriedigung bestimmten Sondergutes[115]). Das Anfechtungsrecht besteht nunmehr um der Teilungsmasse willen, und so bestimmen sich die Rechte der einzelnen Gläubiger jetzt auch in erster Linie durch ihr Recht an der Teilungsmasse, die im Eigentum des Gemeinschuldners steht[116]). Es wird nun eingewandt, im Falle des Obsiegens des Konkursverwalters falle zwar der zurückgewährte Gegenstand formell ins Eigentum des Gemeinschuldners zurück, dieses rein formelle Eigentum sei aber für den Gemeinschuldner ohne jeden wirtschaftlichen Wert, denn es sei lediglich der Befriedigung der Gläubiger zu dienen bestimmt und falle bei Nichteintritt dieser Bedingung ipso iure dem Gegner wieder zu[117]). Der Einwand schlägt jedoch nicht durch; daß der zurückgewährte Gegenstand durchaus materiell Eigentum des Gemeinschuldners wird, ergibt sich schon daraus, daß er als Massebestandteil dem Gemeinschuldner im Falle des Zwangsvergleiches oder der Einstellung des Verfahrens genau wie andere Massegegenstände zur freien Verfügung zurückzugeben ist (§§ 192, 206 Abs. 2 KO.)[118]). Wenn nun aber die Anfechtung eine nachträgliche Verstärkung der Masse zur Folge hat[119]), so muß auch der obligatorische Anspruch auf Rückgewähr (oder, vom Standpunkt der Dinglichkeitslehre aus, das Gestaltungsrecht der Anfechtung)[120]) als ein Aktivum der Masse gewertet werden, das schon bei Beurteilung der Massezulänglichkeit in Anrechnung zu bringen ist[121]). Ist aber das Anfechtungsrecht materiell Massebestandteil, so ist es unumgänglich, da ja die Masse im Eigentum des Gemeinschuldners steht, es auch formell als Recht des Schuldners zu begreifen[122]). Dieses Recht wird dann aber wie alle

---

[114]) v. Tuhr, a. a. O. I § 19 II S. 333.
Jaeger, 5. Aufl. § 6 Anm. 15.
[115]) v. Tuhr, vgl. Anm. 114.
[116]) Voss, L. Z. 1911 S. 354 ff.
[117]) Lippmann, Jahrb. f. Dogmatik, Bd. 41, S. 131.
[118]) Jaeger, 5. Aufl. § 6 Anm. 15.
[119]) Lent, a. a. O. S. 306.
[120]) Jaeger, a. a. O. 5. Aufl. § 29 Anm. 10 ff.
[121]) „ „ „ § 6 Anm. 15.
[122]) Lent, a. a. O. S. 306.

übrigen Rechte des Gemeinschuldners vom Konkursverwalter als dessen gesetzlichem Vertreter ausgeübt. Diese Konstruktion des Anfechtungsrechtes als Recht des Gemeinschuldners hat nichts Gewaltsames; sie allein vermeidet Widersprüche und gestattet es, den Konkursverwalter auch in bezug auf das Anfechtungsrecht als gesetzlichen Vertreter des Gemeinschuldners aufzufassen.

§ 18.

V. Ergebnis: Die Verwalter sind nicht „Parteien kraft Amtes", sondern gesetzliche Vertreter der Inhaber des von ihnen verwalteten Sondergutes.

Es war bei der Untersuchung der Frage, wie vom Standpunkte der Amtstheorie aus die Bindung des Vermögensträgers durch die vom Verwalter vorgenommenen Handlungen zu erklären sei, der Satz anerkannt worden, daß es einer besonderen Erklärung etwa im Sinne einer Ermächtigungs- oder Repräsentationstheorie nicht bedürfe, daß vielmehr der Wille der Rechtsordnung entscheide, ob die Verwalter als gesetzliche Vertreter oder als mit einer besonderen Handlungsmacht ausgerüstet zu behandeln seien[123]). Es war nur bestritten worden, daß ein Grund gegeben sei, von vornherein das Vorliegen einer Handlungsmacht im Sinne der Amtstheorie anzunehmen. Dann wurde in die Prüfung der Gründe eingetreten, aus denen die Amtstheorie auf eine derartige Rechtsmacht schloß. Zunächst wurden diejenigen Argumente geprüft, die im Falle ihrer Stichhaltigkeit die Vertreterstellung aller in Betracht kommenden Verwalter als unhaltbar erwiesen hätten. Es gelang jedoch, die Einwendungen der Amtstheorie in allen Punkten zu widerlegen. Nunmehr hat sich herausgestellt, daß auch diejenigen Einwände, welche die Amtstheorie aus einzelnen Gesetzesbestimmungen gegen die Vertreterstellung des einen oder anderen Verwalters herleiten zu können glaubte, einer kritischen Betrachtung nicht standhalten. Nach der Betrachtung aller Gründe, die angeblich besonders schwerwiegend gegen die Vertreterstellung der Verwalter sprechen sollten, läßt sich demnach die Anschauung, die Rechtsordnung habe den Verwaltern das Recht zum Handeln im eigenen Namen, aber gleichwohl mit Wirkung in der Person des Vermögensträgers verliehen, nicht mehr aufrechterhalten. Mit dieser Entscheidung entfällt die Möglichkeit, der Tatsache, daß die Prozeßkosten aus dem verwalteten Vermögen bestritten werden, eine andere Erklärung zu geben, als

[123]) Vgl. oben S. 18.

daß der Vermögensinhaber selbst die vom Verwalter nur vertretene Partei ist. Nur diese Auffassung steht nicht im Widerspruch zum Wortlaut des § 91 ZPO., während die übrigen Anschauungen entweder unbillig (vgl. S. 12) oder mit dem klaren Wortlaut des Gesetzes unvereinbar sind und mehr oder minder auf eine Vernebelung des Sachverhaltes hinauslaufen[124]).

In den Fällen allerdings, in denen der Verwalter ausnahmsweise als Partei aufzutreten gezwungen ist[125]), wird er persönlich kostenpflichtig[126]). Diese Prozeßführung wirkt unmittelbar nur in der Person des Verwalters[127]). Auch sie dient aber den Zwecken der Verwaltung; sie wird von Siber als mittelbare Verwaltungshandlung, deren Rechtswirkung als Verwaltungshandlung in dem Innenverhältnis zwischen ihrem Urheber und dem verwalteten Gut liegt, bezeichnet[128]). Hier wird sich der Verwalter mit dem gegen den Vermögensinhaber gerichteten Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen bescheiden müssen[129]). Diese Fälle bilden aber nicht den Gegenstand des Streites zwischen Amts- und Vertretertheorie. Die Streitfrage lautet vielmehr: Wer trägt in den Prozessen über Rechte und Pflichten des Vermögensinhabers die Kostenlast[130]). Diese Frage aber kann nach den voraufgegangenen Untersuchungen nur in dem Sinne beantwortet werden, daß im Falle eines ungünstigen Prozeßausganges nicht der Verwalter, sondern der Vermögensinhaber als Partei in die Kosten zu verurteilen ist.

Wenn der Behandlung der Kostenfrage im Vorstehenden ein so breiter Raum zugewiesen ist, so ist das darin begründet, daß Verfasser es im Interesse der Darstellung für nützlich hielt, bei der Behandlung grundsätzlicher Fragen über die Rechtsstellung der genannten Verwalter von einem ganz konkreten Streitpunkt auszugehen, weil diese Art des Vorgehens mit einer gewissen Zwangsläufigkeit auf die Probleme hinführen mußte. Das Ergebnis der bisherigen Ausführungen ist deshalb auch nicht nur Klarheit in der Kostenfrage, sondern darüber hinaus die Erkenntnis, daß die Auffassung, die Verwalter seien Parteien kraft Amtes, nicht haltbar ist, daß sie vielmehr als gesetzliche Vertreter der Vermögensträger anzusehen sind. Diese Erkenntnis wird durch eine Reihe gesetzlicher Bestimmungen, auf die im folgenden eingegangen werden soll, bestätigt.

---

[124]) Siber, Die Prozeßführung, S. 69.
[125]) Oben S. 35 ff.
[126]) Siber, Die Prozeßführung, S. 69; Das Verwaltungsrecht, S. 21.
[127]) Siber, Das Verwaltungsrecht, S. 107.
[128]) „ „ „ S. 108; derselbe Die Prozeßführung, S. 6.
[129]) „ Die Prozeßführung, S. 6, 18, 69.
[130]) „ „ „ S. 67 ff.

II. Teil.

Die Bestätigung des gefundenen Ergebnisses durch die Tatsache, daß weitere wichtige, für die Parteien aufgestellte Vorschriften der ZPO. mit der Parteistellung der Verwalter unvereinbar sind.

§ 19.

I. Das Armenrecht.

I. Nach der Vorschrift des § 114 ZPO. kommt nur derjenige für die Zulassung zum Armenrecht in Betracht, der im Falle des ungünstigen Prozeßausganges mit seinem eigenen Vermögen für die Kosten einzustehen hat. Daß dies für die „Parteien kraft Amtes" nicht zutrifft, wird von den Anhängern der Amtstheorie, wenn man von den oben angeführten vereinzelten Ausnahmen absieht[1]), zugegeben; die Kosten sind in allen Fällen der behandelten Vermögensverwaltungen nur aus dem verwalteten Sondergut zu bestreiten. Infolgedessen kann es auch vom Standpunkte der Amtstheorie aus bei der Beurteilung der Frage, ob den Verwaltern ein Anspruch auf Armenrecht zuzusprechen sei, niemals auf die Vermögensverhältnisse des Verwalters ankommen; eine Partei, die nicht kostenpflichtig wird, scheidet nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes für die Bewilligung des Armenrechtes aus[2]). Andererseits ist derjenige, der tatsächlich die Kostenlast trägt, nach der Behauptung der Amtstheorie nicht Partei; in bezug auf das Armenrecht die Verhältnisse der Vermögensinhaber zu Grunde zu legen, geht daher

---

[1]) Vgl. oben Seite 12.

[2]) Stein, a. a. O. 10. Aufl. § 114 Anm. I 1.
Wendland, Das Armenrecht der „Vertreter kraft Amtes" J. W. 1926 S. 755.
Lent, a. a. O. S. 279.
RG. Bd. 33, S. 367, Bd. 65, S. 287, Bd. 81, S. 292.

ebenfalls nicht an, denn § 114 ZPO. setzt unzweifelhaft die Identität des „Armen" und der Partei voraus [3]). So auch das Reichgericht, dessen Stellung besonders in Band 81 S. 292 deutlich zum Ausdruck kommt: „Das Reichsgericht hat wiederholt ausgesprochen, daß das Armenrecht Personen nicht bewilligt werden könne, die zwar kraft Amtes als Partei auftreten, dabei aber lediglich die Interessen anderer vertreten, daher auch für die Kosten nicht mit dem eigenen Vermögen haften. Der Unterhaltsbedürftige ist nicht Partei, die etwaige Armut der Partei aber ist gleichgültig."

Wo nun ein solches Ergebnis als unbillig und dem Rechtsempfinden widersprechend empfunden wurde, hat man dessen ungeachtet versucht, auf die Verhältnisse der Vermögensinhaber abzustellen. Diese Versuche entbehren aber alle einer triftigen Begründung. Zu der Entscheidung des OLG. München (J. W. 25, S. 2155, Nr. 14) ist bereits bei der Behandlung der Kostenfrage Stellung genommen worden [4]). Dort wurde bereits gesagt, daß Behauptungen wie: der Testamentsvollstrecker sei zwar „formell" Partei, aber „im Grunde" handle er als Vertreter des Erben, „eigentlich" prozessiere der Erbe durch den Testamentsvollstrecker, lediglich die Vertretertheorie stützen. Auf demselben Blatte steht die Behauptung Sternbergs in der Anmerkung zu der angezogenen Entscheidung. Sternberg meint, wenn auch der Testamentsvollstrecker nicht Vertreter des Erben sei, so äußern seine Handlungen doch Wirkungen, die denen eines Vertreters gleichkommen, was zur Bewilligung des Armenrechtes, sofern Bedürftigkeit des Erben gegeben sei, ausreiche. Aus dieser Äußerung klingt nur heraus, daß für Sternberg die Möglichkeit des Armenrechtes eine Forderung des Rechtsempfindens ist, keinesfalls aber stellt sie eine Erklärung für die befremdliche Tatsache dar, daß hier für die Gewährung des Armenrechtes die Verhältnisse einer Person, die nicht Partei ist, maßgeblich sein sollen.

Nicht anders sind die Versuche Schotts [5]) und von Spreckelsens [6]) zu bewerten; anstatt einer Begründung immer nur die Betonung des Bedürfnisses, das unabweisbar empfunden wird, aber vom Standpunkt der Amtstheorie aus offenbar nicht zu begründen ist. Vergleiche auch die Bemerkung Kohlers (Arch. Ziv. Prax., Bd. 81, S. 331, Anm. 7) [7]). Danach kann der Konkursverwalter nicht zum

---

[3]) Lent, a. a. O. S. 280.
[4]) Vgl. oben S. 15.
[5]) Schott, Armenrecht, S. 90 ff.
[6]) v. Spreckelsen, a. a. O. S. 84 ff.
[7]) Vgl. auch Fischbach, a. a. O. S. 74.

Armenrecht zugelassen werden, aber „wäre er Vertreter des Gemeinschuldners, so wäre gerade hier der Fall des Armenrechtes regelmäßig gegeben".

Auch für Seuffert[8]) ist die Möglichkeit des Armenrechtes ein unbedingtes Erfordernis, aber seine Äußerung, daß es in bezug auf die Möglichkeit des Armenrechtes einerlei sein dürfte, ob man den Verwalter als Partei kraft Amtes oder als Vertreter auffasse, erklärt natürlich nicht die für die Amtstheorie vorhandene Abweichung vom Gesetze.

Wenn nach diesen Ausführungen von einigen Schriftstellern das Bedürfnis für die Gewährung des Armenrechts in den fraglichen Fällen anerkannt wird, so findet sich auch die Anschauung, daß hier nicht nur die Möglichkeit, sondern auch das Bedürfnis entfalle, und zwar wird dies aus zweierlei Gründen verneint.

II. Es wird zunächst bestritten aus dem Gesichtspunkt, daß z. B. die Nachlaßverwaltung nach § 1988 Abs. 2 BGB. aufgehoben werden könne, wenn eine den Kosten entsprechende Masse nicht vorhanden sei. Im Falle der Aufhebung könne aber der Erbe selbst als Partei auftreten, so daß dann für die Bewilligung des Armenrechtes s e i n e Verhältnisse entscheidend seien[9]). Im gleichen Sinne Wendland auch bezüglich des Konkursverwalters und Zwangsverwalters[10]). Bei der Testamentsvollstreckung soll der gleiche Erfolg gegebenenfalls durch Kündigung seitens des Testamentsvollstreckers erzielt werden[11]). Man wird Schott[12]) beipflichten müssen, wenn er meint, dann könne man jedem Prozeßführenden sagen, wenn er kein Geld habe, so möge er das Prozessieren nachlassen. Und das praktische Ergebnis? Die ordnungsmäßige Abwicklung des Verfahrens ist gestört, der Staat aber gewährt nunmehr dasselbe, was er gewähren müßte, wenn der Verwalter im Armenrecht prozessieren könnte. Diese Erwägung leitet auch Stein[13]) bei dem Versuche, die Zulässigkeit des Armenrechtes der Partei kraft Amtes aus den Verhältnissen des Vermögensinhabers zu erklären, allein h i e r z u ist sie keinesfalls geeignet. Nach Stein soll die Möglichkeit des Armenrechtes in den Fällen gegeben sein, wo der Verwalter über Rechte des Vermögensinhabers prozessiert, „der Rechtsstreit also, wenn die Testamentsvollstreckung, Nachlaßverwaltung oder der Konkurs nicht bestände, von dem Erben bzw. Gemeinschuldner selbst

---

[8]) Seuffert, a. a. O. 11. Aufl. § 114 Anm. 1 a.
[9]) RG. Bd. 65 S. 287.
[10]) Wendland, JW. 1926 S. 755.
[11]) Wendland, ebenda.
[12]) Schott, Armenrecht, S. 91.
[13]) Stein, a. a. O. 14. Aufl. § 114 Anm. I 1.

geführt werden müßte" (nach den obigen Ausführungen[14]) gerade die Fälle, in denen der Verwalter Vertreter des Vermögensinhabers ist). Hier müsse bei einer den Bedürfnissen des praktischen Lebens Rechnung tragenden möglichst weiten Auslegung unter dem Gesichtspunkt, daß der Staat nicht mehr gewährt, als was er unter anderen Verhältnissen (nämlich wenn das Verfahren aufgehoben bzw. eingestellt werden müßte, weil die Mittel zur Durchführung des Verfahrens fehlen) ebenfalls gewähren müßte, die Zulassung des Verwalters zum Armenrecht gerechtfertigt sein.

Auch Stein beweist lediglich, daß ein starkes Bedürfnis für die Gewährung des Armenrechtes besteht, gibt aber keine Erklärung dafür, wieso einer Partei das Armenrecht gewährt werden kann, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen dafür nicht, wie es das Gesetz fordert, in ihrer, sondern in einer anderen Person gegeben sind. Eine solche Erklärung ist aber auch gar nicht möglich. Nur die Auffassung, für die der Verwalter der gesetzliche Vertreter des Vermögensinhabers ist, bietet eine klare Lösung. Ist nämlich der Vermögensinhaber selbst die vom Verwalter nur vertretene Partei, so steht es im vollen Einklang mit dem Gesetz, daß dem Verwalter das Armenrecht zu gewähren ist, sobald dessen Voraussetzungen beim Vertretenen vorliegen.

III. Eine Schwierigkeit aber besteht auch für diese Auffassung, und hier ist auf den anderen Grund einzugehen, weshalb das Bedürfnis des Armenrechtes geleugnet wird.

Man hat etwa gesagt[15]), ein Bedürfnis bestehe deshalb nicht, weil die Prozeßkosten nur aus dem verwalteten Sondergut zu bestreiten sind. Da dieses Vermögen der Dispositionsgewalt des Inhabers entzogen sei, so könne er es ohnehin nicht zur Bestreitung seines Unterhalts verwenden. Die der Masse zur Last fallenden Kosten beeinträchtigen also den Unterhalt des Vermögensinhabers und seiner Familie nicht unmittelbar. Dieser Einwand ist beachtlich; wenn trotzdem hier der Gewährung des Armenrechtes das Wort geredet wird, so sind dafür folgende Überlegungen ausschlaggebend[16]). Es ist nicht zu bestreiten, daß das Gesetz bei der Regelung des Armenrechtes nur natürliche Personen im Auge hat. Es folgt das unzweifelhaft daraus, daß im § 114 ZPO. von der Beeinträchtigung des Unterhalts, von der Familie des Antragstellers, in § 118 ZPO. von armen Parteien, die unter Vormundschaft und Kuratel stehen, in § 122 ZPO. vom Erlöschen des Armenrechtes

[14]) Vgl. oben S. 35.
[15]) Jaeger, 3./4. Aufl. § 10 Anm. 29.
Petersen-Kleinfeller, KO. 3. Aufl. § 10 Anm. 5.
[16]) Förster-Kann, a. a. O. 3. Aufl. § 114 Anm. 1.

durch den Tod der Partei gesprochen wird. Indes, innere Gründe für die Beschränkung des Armenrechtes auf natürliche Personen liegen nicht vor, und eine ausdrückliche Gesetzesvorschrift, nach der die Zulassung zum Armenrecht physischen Personen vorbehalten bleiben müßte, besteht nicht. So wird man auch juristische Personen zum Armenrecht zulassen dürfen[17]). Anstatt auf den notwendigen Unterhalt wird hier auf den Betrag abzustellen sein, der zur Deckung der Verwaltungs- und Betriebskosten dauernd zur Verfügung stehen muß[18]). Die gleichen Erwägungen greifen nun auch in den Fällen der hier interessierenden Vermögensverwaltungen Platz. Auch hier kann es nicht auf den Unterhalt des Vermögensträgers, sondern einzig und allein auf die Bedürftigkeit der Vermögensmasse ankommen. Das Armenrecht ist daher zu gewähren, sobald der Prozeßaufwand die nötigen Verwaltungskosten beeinträchtigt[19]).

§ 20.

II. Die sich aus den Bestimmungen der §§ 41, 383, 408, und 13 ZPO. ergebenden Fragen.

I. Der gleiche Widerspruch zum Wortlaut des Gesetzes, der sich für die Amtslehre in den Fällen der §§ 91 und 114 ZPO. aus der Auffassung der Verwalter als Parteien kraft Amtes ergibt, tritt in Erscheinung bei dem Bemühen, diese Anschauung mit den Bestimmungen über die Richterausschließung kraft Gesetzes und das Zeugnisverweigerungsrecht sowie das Recht zur Verweigerung eines Sachverständigen-Gutachtens in Einklang zu bringen.

Gemäß § 41 Ziffer 1—3 ZPO. ist der Richter von der Ausübung des Richteramtes ausgeschlossen, wenn er selbst Partei ist oder in einem engen Verwandtschaftsverhältnis zu der Partei steht. Vom Standpunkt der Amtstheorie aus müßte demnach der Richter kraft Gesetzes ausgeschlossen sein, sobald er selbst oder seine Ehefrau bzw. einer der bezeichneten Verwandten die Stellung eines der genannten Verwalter einnimmt. Die Anhänger der Amtslehre bestreiten das; bei Prozessen des Verwalters soll unter Zugrundelegung

[17]) Für die Zulassung der juristischen Personen zum Armenrecht: Förster-Kann, 3. Aufl. § 114 Anm. 1. Schott, Armenrecht, S. 52. Seuffert, a. a. O. § 114 Anm. 1.
Anders die herrschende Meinung.

[18]) Förster-Kann, a. a. O. 3. Aufl. § 114 Anm. 2 a, aa.

[19]) „ „ Anm. 2 bb α.
Im Ergebnis auch: Schott, a. a. O. S. 90. Stein, 14. Aufl. § 114 I 1 v. Spreckelsen, S. 84 ff. Seuffert, Anm. 1.
OLG. Dresden, JW. 27, S. 860. OLG. Augsburg, Zeitschr. f. Rechtspfl. in Bayern, 1924, S. 203.

der von der Amtstheorie geforderten Trennung von Privatperson und Amtsträger lediglich das in der Person des Verwalters klagende oder verklagte Amt als Partei zu betrachten sein. Nur als Privatperson aber könne der Verwalter Verwandte haben; mit dem Amte sei niemand verwandt oder verschwägert, verlobt oder verheiratet [20]). Infolgedessen könne von einem Ausschluß des Richters wegen seiner Beziehungen zum Verwalter keine Rede sein. Mit der Vorschrift des § 41 Ziff. 1—3 ZPO. sei lediglich beabsichtigt, dem Richter die schwierige Lage zu ersparen, in die er unweigerlich gerate, wenn er selbst an der Entscheidung rechtlich und wirtschaftlich interessiert sei oder ihn enge Beziehungen mit der interessierten Partei verbinden. Ein Ausschluß kraft Gesetzes könne daher nur in Frage kommen, wenn in einem bestimmten Prozeß der Richter oder die bezeichneten Verwandten die Rolle des Vermögensträgers, des am Prozeßausgang rechtlich und wirtschaftlich Interessierten innehaben; nur dann bestehe die Befürchtung, daß der Richter in der unbefangenen Prüfung der Sachlage beirrt und bei der Gegenpartei Argwohn in seine Unparteiligkeit erregt werden könne [21]).

Das Ergebnis deckt sich mit der Anschauung der Vertretertheorie, nur befindet sich diese, weil sie ja in dem Vermögensträger die Partei erblickt, in völliger Übereinstimmung mit dem Gesetz, während die Amtslehre zu dem Ergebnis nicht gelangen kann, ohne wiederum gegen den klaren Wortlaut des Gesetzes zu verstoßen und willkürlich die privatrechtlichen Beziehungen zum Streitgegenstand für maßgeblich zu erklären, wo das Gesetz auf die prozessuale Stellung abstellt. Das Argument des selbstischen Interesses ist schon bei der Behandlung der Kostenfrage widerlegt worden [22]). In bezug auf die Frage der Richterausschließung aber sind noch die Ausführungen v. Spreckelsens interessant [23]). Nachdem v. Spreckelsen zunächst die Meinung vertreten hat, daß das Gesetz in § 41 Ziff. 1—3 ZPO. unter Partei „weniger" den Parteirolleinträger als den rechtlich und wirtschaftlich an der Entscheidung Interessierten versteht, wirft er die Frage auf, ob denn nun ein zum Testamentsvollstrecker eingesetzter Richter in den von ihm als Testamentsvollstrecker geführten Prozessen selbst entscheiden könne.

[20]) Lippmann, Jahrb. für Dogm., Bd. 41 S. 332.
Hahr, a. a. O. S. 48.
Bittner, a. a. O. S. 39.

[21]) Vgl. v. Spreckelsen, a. a. O. S. 100 unter p.
Stegemann, ZZP. 17 S. 363.
Bittner, a. a. O. S. 39.
Oetker, Jur. Literaturblatt, Bd. 2 S. 189.

[22]) Vgl. oben S. 17.

[23]) v. Spreckelsen, a. a. O. S. 85 ff.

v. Spreckelsen verneint das. Aber der Ausschluß des Richters soll sich in diesem Falle nicht aus § 41 Ziff. 1 ZPO., sondern aus Ziffer 4 dieser Vorschrift ergeben. Zwar sei der Testamentsvollstrecker nicht gesetzlicher Vertreter, aber dessenungeachtet könne § 41 Ziffer 4 ZPO. unbedenklich auf ihn angewandt werden, denn die „gesetzliche Ermächtigung" (mit der v. Spreckelsen die Wirkung der vom Testamentsvollstrecker vorgenommenen Rechtsgeschäfte in der Person des Erben zu erklären sucht)[24]) sei eine der gesetzlichen Vertretung analoge Rechtsform.

Es ist also nach v. Spreckelsen der zum Testamentsvollstrecker ernannte Richter in den Prozessen, in denen er als Testamentsvollstrecker auftritt, gemäß § 41 Ziffer 4 ZPO. vom Richteramt ausgeschlossen, obgleich er, wovon ja v. Spreckelsen ausgeht, in keiner Weise am Prozeßausgang selbstisch interessiert ist. Wird aber in § 41 Ziff. 4 ZPO. offenbar vom selbstischen Interesse abgesehen, so ist nicht einzusehen, warum v. Spreckelsen gerade die Ziffern 1—3 in dem der Amtstheorie genehmen Sinne interpretiert wissen will. Das Gesetz bietet zu solcher Auslegung keinen Anlaß.

II. Ähnlich ist die Sachlage hinsichtlich der Frage des Zeugnisverweigerungsrechtes und des Rechtes zur Verweigerung eines Sachverständigen-Gutachtens (§§ 383 Ziffer 1—3, 408 ZPO.). Auch hier vermeidet es die Amtstheorie, die Konsequenz aus ihrer Lehre zu ziehen; anstatt auf die Verwandtschaft des Zeugen bzw. Sachverständigen mit der Partei kraft Amtes soll es auf die Verwandtschaft mit dem Inhaber des verwalteten Vermögens ankommen, ein Ergebnis, das wiederum nur vom Standpunkt der Vertretertheorie aus zu rechtfertigen ist. Die Amtstheorie dagegen sieht sich wieder genötigt, zur Begründung des offensichtlichen Zwiespaltes zwischen ihrer Behauptung und dem Gesetzestext das keineswegs durchschlagende Argument des selbstischen Interesses heranzuziehen[25]).

Hahr gibt nun zu, daß das Gesetz es nicht zulasse, in den Fällen der Partei kraft Amtes einfach auf die interessierte Person abzustellen, er meint aber, daß in solchen Fällen gewisse Vorschriften der ZPO. u. a. die Bestimmungen der §§ 41, 383, 408 ZPO. keine Anwendung finden dürften, wie das ja beim Staatsanwalt schon lange gelte[26]). Auch diese Ansicht läßt sich nicht halten. Allerdings ist die Verwandtschaft mit dem amtierenden Staatsanwalt weder ein Grund für

---

[24]) a. a. O. S. 37 ff., S. 99 unter d.

[25]) v. Spreckelsen, a. a. O. S. 86.
Stegemann, ZZP. 17, S. 363.
Matthes, a. a. O. S. 125.
Bittner, a. a. O. S. 39.

[26]) Hahr, a. a. O. S. 49.

die Ausschließung des Richters noch gibt sie das Recht zur Verweigerung der Zeugenaussage. Das ist aber darin begründet, daß eben gar nicht der Staatsanwalt, sondern die Staatsanwaltschaft als Behörde als Partei gilt[27]). Die Parallele zum Staatsanwalt ist also unangebracht.

III. Schließlich dürfte auch die Beantwortung der Frage, ob im Falle eines gegen die Vermögensmasse gerichteten Anspruchs der allgemeine Gerichtsstand nach der Person des Verwalters oder des Vermögensinhabers zu bemessen ist, der Amtstheorie keine Schwierigkeiten bereiten. Wenn das Gesetz von allen gegen eine Person zu erhebenden Klagen spricht (§ 12 ZPO.), so ist diese Person für die Amtstheorie zweifellos der Verwalter; diese Frage müßte daher konsequenterweise im ersteren Sinne entschieden werden. Einige Schriftsteller ziehen allerdings diese Folgerung[28]), aber es findet sich auch die Anschauung, daß die Klage gegen den Verwalter im allgemeinen Gerichtsstand des Vermögensinhabers zu erheben ist[29]), wobei dann wieder mit dem selbstischen Interesse argumentiert wird, da die Amtstheorie abermals im Widerspruch zum Gesetz steht.

§ 21.

III. Fragen der Rechtskrafterstreckung.

Die gesetzlichen Bestimmungen, die von der Erstreckung der Rechtskraft handeln, stellen die Amtstheorie vor neue Fragen. Wie will z. B. die Amtstheorie in denjenigen Fällen, in denen sie sich nicht auf eine besondere gesetzliche Regelung (§ 327 ZPO.) berufen kann, die Bindung der Vermögensinhaber an die vom Verwalter erstrittenen Urteile erklären? Ferner: worauf beruht es, daß Urteile aus Prozessen, die der Vermögensinhaber vor Beginn der Verwaltung geführt und beendet hat, Rechtskraft für und wider den Verwalter haben? Diese und ähnliche Fragen sollen im folgenden behandelt werden.

I. Es findet sich zunächst eine Meinung, die für ihre Anhänger den Vorzug hat, daß sie sich in formeller Übereinstimmung mit dem Gesetz befinden. Hier wird tatsächlich die Konsequenz aus der An-

---

[27]) Lent, a. a. O. S. 278.
Vgl. oben S. 14.
[28]) v. Spreckelsen, a. a. O. S. 87.
[29]) Leonhard, Erbrecht, 2. Aufl. § 2213 Anm. III.
Planck, a. a. O. 4. Aufl. Vorbem. 6 vor § 2212.
ROLG. Bd. 9 S. 404.
RGK. 6. Aufl. Bem. 1 zu § 2213.

schauung gezogen, daß die Verwalter selbst Partei sind. Mit aller Schärfe wird betont, daß die Urteile aus den vom Verwalter in Ansehung der Verwaltungsmasse geführten Prozessen nur zwischen dem Verwalter selbst und der gegnerischen Partei Rechtskraft wirken, und daß von einer Erstreckung der Rechtskraft auf den Inhaber des verwalteten Gutes, abgesehen von dem Falle des § 327 ZPO., keine Rede sein könne[30]). Diese Auffassung soll keineswegs zu Unzuträglichkeiten führen. Für die Ausdehnung der Rechtskraft auf den Vermögensträger bestehe kein Bedürfnis. Sie erübrige sich deshalb, weil der Vermögensträger infolge der mangelnden Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis ohnehin nicht in der Lage sei, gegen solche Urteile aufzutreten. Die aus dem Exekutionszustand ohne weiteres sich ergebende Gebundenheit des Vermögensträgers mache eine Erweiterung der Rechtskraft auf seine Person überflüssig[31]).

Wenn diese Ansicht auch durchaus dem Grundsatz entspricht, daß die Rechtskraft auf die Parteien zu beschränken ist, so erheben sich dagegen doch schwere Bedenken. Erzeugen nämlich die für und wider den Verwalter ergangenen Urteile keine Rechtskraft in der Person des Vermögensträgers, so ergeben sich unhaltbare Übelstände insofern, als einerseits die gegnerische Partei durch das dem Verwalter gegenüber ergangene Urteil nicht gegen spätere Prozesse mit dem Vermögensträger geschützt wäre, andererseits aber auch dieser sich nicht zu seinen Gunsten auf ein vom Verwalter erstrittenes Urteil berufen könnte[32]). Sodann wird von Lent darauf hingewiesen, daß es doch merkwürdig sei, jemanden an Urteile zu binden, die in seine Rechtssphäre gar nicht eingreifen. Der Konkursverwalter, der lediglich im fremden Interesse streite, habe kein Rechtsschutzinteresse, und so habe es für ihn auch keine Bedeutung, daß er an die von ihm als Verwalter erstrittenen Urteile gebunden sei[33]). Dies Bedenken besteht auch dann, wenn man Amtsträger und Privatperson auseinander hält. Geht man davon aus, daß die Urteile nicht Rechtskraft haben gegenüber dem Verwalter als Privatperson, stellt man also auf dem Amt ab, so wird man immer noch sagen müssen, daß der Verwalter weder für sich selbst noch für sein Amt Rechtsschutz begehrt[33]).

[30]) Sarvey-Boßert, KO. 4. Aufl. § 6 Anm. 5 S. 67
Oetker, ZZP. Bd. 25 S. 40.
Lippmann, Jahrb. für Dogm., Bd. 41 S. 174.
Bittner, a. a. O. S. 39.

[31]) Lippmann, wie Anm. 1.
Hahr, a. a. O. S. 47.

[32]) Petersen, ZZP. Bd. 18 S. 18 und 48.

[33]) Lent, a. a. O. S. 281.

II. Meist aber wird von seiten der Amtstheorie die Erstreckung der Rechtskraft auf den Inhaber des verwalteten Gutes bejaht [34]), aber dann beginnen erst die Schwierigkeiten. Da die Amtstheorie die Vermögensträger als Parteien nicht gelten läßt, so bliebe, soweit die Bestimmung des § 325 ZPO. in Betracht kommt, zu erwägen, ob sich die Bindung der Vermögensträger an die fraglichen Urteile etwa mit der Annahme eines Rechtsnachfolgeverhältnisses erklären läßt. Nun mag man darüber streiten, ob der Verwalter im Hinblick auf Urteile aus Prozessen, die der Vermögensinhaber vor Beginn der Verwaltung über einen der Verwaltung unterliegenden Gegenstand geführt hat, als dessen Rechtsnachfolger in Betracht kommt, oder ob umgekehrt der Vermögensträger nach Beendigung der Verwaltung als Rechtsnachfolger des Verwalters anzusehen ist — nicht zu bezweifeln ist jedenfalls, daß die Bindung der Vermögensträger in bezug auf Prozesse, die erst nach Beginn der Verwaltung angestrengt wurden, für die Zeit der Verwaltungsdauer nicht mit Rechtsnachfolge im Sinne des § 325 ZPO. erklärt werden können, denn § 325 ZPO. setzt eine Rechtsnachfolge nach Eintritt der Rechtshängigkeit voraus [35]).

Abzulehnen ist ferner die Erklärung aus dem Gesichtspunkt der sog. „Repräsentation", mit der einige Anhänger der Amtslehre die Wirksamkeit der vom Verwalter im eigenen Namen vorgenommenen Handlungen in der Person des Vermögensträgers erklären wollen. Nach Fischbach [36]) soll die Ausdehnung der Rechtskraft auf der besonderen Stellung beruhen, die der Prozeßführende gegenüber demjenigen, für und wider den das Urteil wirken soll, einnimmt. Ähnlich Matthes, der hervorhebt, daß es sich in jenen Fällen „der außerhalb der persönlichen Vertretung liegenden Befugnis zur Verfügung und Repräsentation hinsichtlich fremder Rechte" [37]) nicht „um eine Erweiterung der Rechtskraft auf Grund analoger Vorschriften, nicht um die Verwirklichung allgemeiner außerhalb positiver Gesetzesbestimmungen liegender Grundsätze" [37]) handle, sondern daß sich die Wirkung der Rechtskraft für und wider den „Repräsentierten" aus der Natur der Sache von selbst ergebe.

Es wird dann ferner auf § 327 ZPO. hingewiesen; hier sei für den einen Fall der Repräsentation eine solche Regelung ausdrück-

---

[34]) Stein, a. a. O. 14. Aufl. § 325 VI.
Fischbach, a. a. O. S. 84.
Matthes, a. a. O. S. 127.
[35]) Lent, a. a. O. S. 281.
[36]) Fischbach, a. a. O. S. 84.
[37]) Matthes, S. 129 ff.

lich getroffen; dasselbe müsse gelten in den Fällen der Konkurs-, Nachlaß- und Zwangsverwaltung [38]). Allein § 327 ZPO. bietet der Amtstheorie nur eine zum mindesten recht unsichere Stütze. Von Anhängern der Amtslehre wird sonst betont, weil der Testamentsvollstrecker Partei sei, habe es der besonderen Vorschrift des § 327 ZPO. bedurft, um dem Urteil zwischen dem Testamentsvollstrecker und einem Dritten die Rechtskraftwirkung gegen den Erben zu sichern [39]). Wenn das richtig ist, so muß es doch auffallen, daß es bei den anderen Verwaltern, die nach der Amtstheorie ja ebenfalls Parteien sind, an entsprechenden Vorschriften fehlt. Der Mangel positiver Regelung läßt sich hier auch zugunsten der Vertretertheorie auswerten, die in § 327 ZPO. lediglich das ausgesprochen findet, was von ihrem Standpunkt aus ohnehin gelten müßte: der Vermögensinhaber als Partei ist natürlich schon gemäß § 325 ZPO. an die Rechtskraft der Urteile gebunden [40]). Die Behauptung, die Urteilswirkung gegen den Vermögensträger verstehe sich unter dem Gesichtspunkt der Repräsentation aus der Natur der Sache von selbst, setzt voraus, daß ein solches Repräsentationsverhältnis anzuerkennen wäre. Das trifft aber nicht zu. Weder ist der Hinweis auf § 327 ZPO. eine Bestätigung für diese Anschauung, noch ist es der Amtstheorie gelungen, den Nachweis der Richtigkeit dieser Meinung sonst irgendwie zu erbringen. Die Annahme eines Rechtes des Verwalters, den Vermögensträger durch im eigenen Namen vorgenommene Handlungen zu binden, hat sich vielmehr nach den bisherigen Ausführungen als unhaltbar erwiesen. Infolgedessen kann der Hinweis auf die sog. Repräsentation nicht als Begründung für die Rechtskrafterstreckung auf den Vermögensträger gelten [41]).

III. Wie steht es nun mit der Wirkung derjenigen Urteile, die schon vor Beginn der Verwaltung in einem Prozeß über einen der Verwaltung unterliegenden Gegenstand für oder gegen den Inhaber des verwalteten Gutes ergangen sind? Vorbehaltlich besonderer Bestimmungen erstreckt sich die Rechtskraft des Urteils nur auf die Parteien und deren Rechtsnachfolger. Da sich nach der Amtstheorie ein Parteiwechsel vollzogen hat, so bleibt für sie zur Begründung der Rechtskrafterstreckung eines solchen Urteils auf den Verwalter nur die Möglichkeit, diesen als Rechtsnachfolger des Ver-

---

[38]) Stein, a. a. O. 14. Aufl. § 325 VI.
[39]) RG. 56 S. 330.
[40]) Vgl. oben S. 38.
[41]) Vgl. oben S. 26.

mögensinhabers aufzufassen [42]). Ebenso wäre der Vermögensinhaber nach Beendigung des Verfahrens als Rechtsnachfolger des Verwalters zu behandeln. Für die Vertretertheorie kommt dagegen eine Rechtsnachfolge nicht in Betracht, denn wie man auch den Begriff der Rechtsnachfolge fassen mag, immer wird davon auszugehen sein, daß auf der einen Seite jemand aufhört, Berechtigter zu sein, und daß auf der anderen Seite der Nachfolger in diese Rechte eintritt [43]), nach der Vertretungslehre aber übt der Verwalter lediglich Rechte des Vermögensträgers aus. Die Amtstheorie aber hat nicht nur nachzuweisen, daß der Verwalter ein eigenes Recht ausübt, sondern es muß dargetan werden, daß dieses eigene Recht aus der Rechtssphäre des Vermögensinhabers auf ihn übergegangen ist, denn in bezug auf Rechte, die erst durch das Verwalteramt neu entstanden sind, kann natürlich von einer Rechtsnachfolge nicht gesprochen werden [44]). So erklärt denn auch das Reichsgericht Bd. 53 S. 10 bezüglich des Konkursverwalters: „Sein (des Gemeinschuldners) bisher unbeschränktes Eigentum (im weitesten Sinne) an seinem Vermögen wird durch Ausscheidung und Entziehung des Verwaltungs- und Verfügungsrechtes beschränkt; die gleiche Befugnis geht gleichzeitig auf den Verwalter als ein diesem vom Gesetz verliehenes selbständiges Recht über." Die Unrichtigkeit dieser Anschauung wird offenbar, wenn man den Fall betrachtet, daß der Konkursverwalter stirbt und ein neuer Konkursverwalter noch nicht ernannt ist [45]). Wie Matthes [46]) und Sarvey-Boßert [46]) hervorheben, soll mit dem Tode des Verwalters das Amt erlöschen. Erlischt nun mit dem Amte das aus den Rechten des Gemeinschuldners abgezweigte Verwaltungsrecht, so müßte die Folge sein, daß wie in allen übrigen Fällen des Erlöschens abgezweigter Rechte (vgl. Pfandrecht, Nießbrauch, ehemännliches Nutzungsrecht) das Recht an das Stammrecht zurückfällt, was aber für den Fall des Konkurses praktisch unmöglich ist, da der Grund, weswegen dem Gemeinschuldner das Recht entzogen wurde, fortbesteht. Andererseits ist

[42]) Vgl. Stein, a. a. O. 14. Aufl. § 325 III.
Dernburg, a. a. O. § 262 a IV.
Hahr, a. a. O. S. 47.
Gegen Rechtsnachfolge vom Standpunkt der Amtstheorie aus: Fischer-Schäfer, a. a. O. Vorbem. 3 vor § 146 ZPO. uud ROLG. Bd. 9 S. 144, die aber die Grundsätze über Rechtsnachfolge anwenden wollen.

[43]) Fischbach, a. a. O. S. 80.

[44]) Vgl. Lent, a. a. O. S. 282.
Fischbach, a. a. O. S. 81.

[45]) Vgl. zum folgenden Lent, a. a. O. S. 282.

[46]) Matthes, a. a. O. S. 125.
Sarvey-Boßert, a. a. O. § 78 Anm. 2.
Ebenso Jaeger, a. a. O. 5. Aufl. § 78 Anm. 10.

es auch undenkbar, daß das bisher dem Verwalter zustehende Recht fortbesteht, weil sonst angenommen werden müßte, das Recht bestehe bis zur Ernennung eines neuen Verwalters losgelöst von der Person eines Subjekts — nach dem geltenden bürgerlichen Recht ebenfalls eine Unmöglichkeit. Es bleibt also nur die Annahme, daß das Recht in der Person des neuen Verwalters als neues Recht begründet wird, was Matthes auch zugibt [47]). Dann aber kann von einer Rechtsnachfolge keine Rede sein [48]), denn nach den vorstehenden Ausführungen setzte die Konstruktion einer Rechtsnachfolge ein eigenes, vom Vermögensinhaber auf den Verwalter übergegangenes Recht voraus. Mit der Verneinung der Rechtsnachfolge aber entfällt für die Amtstheorie die Möglichkeit, die Urteilswirkung für und wider den Konkursverwalter bzw. den Gemeinschuldner in den fraglichen Fällen zu begründen. Entsprechendes gilt für den Fall der Zwangsverwaltung oder Nachlaßverwaltung.

IV. Ist die Annahme einer Rechtsnachfolge bei Beginn oder Ende der Verwaltung sowie beim Wechsel in der Person des Verwalters nicht gerechtfertigt, so ist die Amtstheorie auch hinsichtlich der auf dem Gebiete der Zwangsvollstreckung entstehenden Schwierigkeiten der Boden für eine gesetzmäßige Lösung entzogen. Ist nämlich eine vollstreckbare Ausfertigung erteilt, so kann aus dieser in den genannten Fällen nicht ohne weiteres vollstreckt werden, da sich ja vom Standpunkt der Amtslehre aus ein Parteiwechsel vollzogen hat. Nach der Amtstheorie soll hier die Vollstreckungsklausel

---

[47]) Matthes, a. a. O. S. 126.

[48]) Auch das erkennt Matthes (ebenda) an; um aber im Falle des Todes des Konkursverwalters trotzdem § 239 ZPO. anwenden zu können, behauptet er, daß durch den Tod des ersten Verwalters und durch die Neubestellung des andern geschaffene Verhältnis sei der Rechtsnachfolge so ähnlich, daß der Anwendung des § 239 ZPO. keine Bedenken entgegenstehen. Allerdings entstehe das Amt in der Person des neuen Verwalters von neuem, aber, und das sei das Wesentliche, genau in dem Umfang und Zustand, in dem es im Amtsvorgänger erlosch.

Dieser Ansicht kann jedoch nicht beigepflichtet werden. Alleinige Quelle der Befugnisse eines Amtsträgers ist das Amt. Wie man sich dieses Amt vorstellt, ob es als öffentliches oder privates aufgefaßt wird, ist dabei gleichgültig; auf jeden Fall stützt sich der Verwalter zur Begründung seiner Rechte auf seine Ernennung, niemals auf die Rechtsstellung seines Vorgängers (so auch Lent, a. a. O. S. 283 ff., Sarvey-Boßert, a. a. O. § 78 Anm. 3, Fischbach, a. a. O. S. 80 ff.). Die Macht des Verwalters und die Macht eines Rechtsnachfolgers beruhen also auf völlig verschiedener Grundlage. Eine Analogiebildung aber, die unter Außerachtlassung dieser charakteristischen Verschiedenheit lediglich auf den gleichen Umfang des Rechtes abstellt, kann als berechtigt nicht anerkannt werden (vgl. Lent, a. a. O. S. 284).

gemäß § 727 ZPO. entsprechend umzustellen sein[49]), wofür es aber, genötigt, zu Auslegungen zu greifen, die schließlich darauf hinauslaufen, daß der Vermögensträger wie eine Partei, der Verwalter aber wie deren gesetzlicher Vertreter behandelt wird[54]). Sind die Verwalter Parteien, so müssen auch die für die Parteien aufgestellten Bestimmungen auf sie angewandt werden. Kann das nicht geschehen, müssen vielmehr auf Schritt und Tritt klare Gesetzesbestimmungen Deutungen erfahren, die praktisch den Verwaltern die Stellung gesetzlicher Vertreter der Inhaber des verwalteten Sondergutes einräumen, so ist wohl die Frage Hellwigs berechtigt: „Wozu stempelt man die Verwalter dann erst zur Partei[55])?" In der Tat läßt sich vom Standpunkt der Vertretertheorie aus alles zwanglos erklären. Die Einwendungen der Amtstheorie konnten samt und sonders widerlegt werden, und nach dem Ergebnis der im zweiten Teil dieser Arbeit angestellten Untersuchungen kann es nicht mehr sobald man das Vorliegen einer Rechtsnachfolge verneint, an einer rechtlichen Grundlage fehlt[50]).

Sämtliche vorstehend behandelten Schwierigkeiten fallen fort, wenn man davon ausgeht, daß die Verwalter gesetzliche Vertreter des Gemeinschuldners bzw. Erben oder Subhastaten sind, denn ist z. B. der Gemeinschuldner Partei, so wirkt das Urteil in einem Masseprozeß des Konkursverwalters gemäß § 325 Abs. 1 ZPO. ohne weiteres für und wider ihn; ein Parteiwechsel bei Beginn oder Beendigung der Verwaltung tritt nicht ein; und ein Verwalterwechsel während des Verfahrens hat lediglich die Bedeutung einer Veränderung in der gesetzlichen Vertretung[51]), jeder Vertreter einer Partei ist natürlich an die Rechtskraft genau so gebunden wie die Partei selbst, auch wenn ein Vorgänger den Prozeß geführt hat[52]). Eine Umstellung der Vollstreckungsklausel kommt nicht in Betracht[53]).

---

[49]) v. d. Pfordten, a. a. O. § 152 Anm. 5.
Fischer-Schaefer, a. a. O., Vorbem. 3 vor § 146.
ROLG. Bd. 15 S. 34.
v. Spreckelsen, a. a. O. S. 100 unter s.

[50]) Jaeger, a. a. O. 5. Aufl. § 6 Anm. 35.
Wolff, a. a. O. § 152 Anm. 1.
Lent, a. a. O. S. 284 unter VI.
Reinhard-Müller, a. a. O. § 152 III 6.

[51]) Reinhard-Müller, a. a. O. § 152 III 4.
Maenner, a. a. O. LZ. 1916 S. 789.

[52]) Lent, a. a. O. S. 284.

[53]) Vgl. die unter Anm. 50 Genannten.

§ 22.

IV. Schlußbetrachtung.

Hatte sich schon im ersten Teil dieser Abhandlung herausgestellt, daß die von der Amtstheorie vorgebrachten Argumente zur Begründung der Parteistellung der Verwalter nicht geeignet waren, so hat sich die Amtslehre im Verlaufe der folgenden Untersuchungen vollends als unhaltbar erwiesen. Nirgends eine Möglichkeit für die Amtstheorie, die Parteistellung der Verwalter wirklich durchzuführen; an allen entscheidenden Stellen sieht sich die Amtstheorie zweifelhaft sein, daß die Auffassung, die Verwalter seien gesetzliche Vertreter der Inhaber des verwalteten Vermögens, den Vorzug verdient.

Ist nun einerseits keine Möglichkeit gegeben, die Parteien als Verwalter zu behandeln, so ist schließlich auch die Notwendigkeit einer solchen Stellung nicht zu begründen. Selbst wenn es richtig wäre, daß im andern Falle, d. h. wenn man im Vermögensträger die Partei erblickt, dieser nicht als Zeuge vernommen werden könnte, so würde doch, wie Maenner bemerkt, dies nicht von Einfluß sein dürfen auf die Frage, ob der Verwalter gesetzlicher Vertreter oder Partei ist[56]). Nun kann aber das Bedürfnis, den Vermögensträger als Zeugen zu vernehmen, sehr wohl auch dann befriedigt werden, wenn er die Stellung einer Prozeßpartei inne hat. Der Satz, daß die Parteistellung die Zeugnisfähigkeit ausschließe[57]), ist nicht richtig. Aus der Tatsache, daß das Gesetz über die Abgrenzung des Zeugenbegriffes schweigt, folgt allerdings nicht, daß eine Zeugenvernehmung ohne Einschränkung zulässig wäre, aber andererseits ist auch kein Grund ersichtlich, weshalb die Partei schlechthin zeugnisunfähig sein sollte. Bedenken gegen die Zeugenvernehmung einer Partei bestehen erst dann, wenn die Partei in die Lage kommen kann, einen Parteieid schwören zu müssen[58]). Die Zeugnisunfähigkeit der Partei folgt dann aus der Erwägung, daß das Gesetz an die Leistung des Parteieides eine

---

[54]) Lent, a. a. O. S. 285 ff.
[55]) Hellwig, System . . . . . , I § 189 Anm. 1.
[56]) Maenner, a. a. O. S. 513.
[57]) Vgl. RG. Bd. 29 S. 29 ff., Bd. 17 S. 367, Bd. 91 S. 38.
[58]) Stein, a. a. O. 14. Aufl. Vorbem. vor § 373.
Jaeger, KO. 5. Aufl. § 6 Anm. 32.
Derselbe LZ. 1910 S. 153.
Schmidt, Lehrbuch des deutschen Zivilprozesses, 2. Aufl. S. 499.
Seuffert, a. a. O. 11. Aufl. vor § 373 Anm. 2.
Lent, a. a. O. S. 276.
Förster-Kann, a. a. O. vor § 373 1 b.

strenge Beweiswirkung knüpft, die eben mit den frei zu würdigenden Zeugenaussagen nicht zu vereinen ist [59]).

Nun gibt es aber Parteien, die für die Leistung des Parteieides nicht in Betracht kommen (vgl. § 473 ZPO.). Wären solche Parteien schlechthin von der Zeugenvernehmung ausgeschlossen, so würde im Beweissystem ein „toter Winkel" [60]) entstehen, weil dann die Tatsachenkenntnis der zum Schiedseid unfähigen Parteien im Wege des Beweises nicht zu verwerten wäre. Um eine lückenlose Verwertbarkeit des tatsächlichen Wissens zu ermöglichen, müssen Parteifähigkeit und Zeugnisfähigkeit einander ergänzen; nicht die Partei schlechthin, sondern nur die parteieidesfähige Partei kann daher zur Zeugenvernehmung nicht zugelassen werden [61]).

Die Entscheidung darüber, ob Erbe, Gemeinschuldner oder Subhastat Zeugen sein können, ist demnach bedingt durch die Vorentscheidung über die Frage, ob sie in die Lage kommen können, den Parteieid leisten zu müssen. Das aber ist zu verneinen. Allerdings, seinem Wortlaut nach paßt § 473 Abs. 1 ZPO. auf diese Fälle nicht, denn in § 473 Abs. 1 ZPO. ist nur von der Eideszuschiebung bzw. -zurückschiebung an die gesetzlichen Vertreter einer prozeßunfähigen Partei die Rede; Gemeinschuldner, Erbe und Subhastat aber sind anerkanntermaßen sämtlich prozeßfähig. Einer analogen Anwendung des § 473 Abs. 1 ZPO. stehen aber keine Bedenken entgegen [62]). Für den Sonderfall der gesetzlichen Vertretung einer prozeßfähigen Person durch einen Pfleger ist die Gleichstellung der prozeßfähigen Partei mit einer prozeßunfähigen ausdrücklich angeordnet (§ 53 ZPO.). Es bestehen keine inneren Gründe, weshalb nicht auch in den übrigen Fällen der gesetzlichen Vertretung die prozeßfähige Partei einer prozeßunfähigen gleichgestellt werden dürfte, vielmehr ist „jeder Fall, in welchem ein Prozeß durch einen gesetzlichen Vertreter geführt wird, rechtsähnlich dem Sonderfalle, daß die Partei prozeßunfähig ist und aus diesem Grunde der Vertreter den Prozeß führt [63]). Da § 473 Abs. 2 Satz 3 ZPO. infolge der mangelnden Prozeßführungsbefugnis unanwendbar ist [64]), so kommen also Erbe, Gemeinschuldner und Subhastat für den Parteieid nicht in Frage. Ihrer Zeugenverneh-

---

[59]) Schmidt, wie Anm. 58.
[60]) Jaeger, LZ. 1910 S. 153.
[61]) Vgl. die oben S. 61 unter Anm. 58 Genannten.
[62]) Lent, a. a. O. S. 277.
Jaeger, a. a. O. 5. Aufl. § 6 Anm. 32.
[63]) Lent, a. a. O. S. 277.
[64]) Jaeger, a. a. O. 5. Aufl. § 6 Anm. 32.

mung steht daher, auch wenn man sie als Parteien ansieht, nichts im Wege [65]). Danach entbehrt die Ansicht, die Parteistellung der Verwalter sei notwendig, um den Vermögensinhaber als Zeugen vernehmen zu können, der Begründung.

---

[65]) Für die Zeugenvernehmung der Vermögensinhaber vom Standpunkt der Vertretertheorie aus:
Jaeger, a. a. O. 5. Aufl. § 6 Anm. 32, LZ. 1910, S. 153.
Lent, a. a. O. S. 277 ff.
Seuffert, a. a. O. 11. Aufl. vor § 373 ZPO. Anm. 2.
Schmidt, a. a O. S. 499 ff.
Förster-Kann, a. a. O. vor § 373, 1 b αα.
Maenner, a. a. O. S. 513 ff., S. 789 ff.
Staudinger-Herzfelder, a. a. O. 9. Aufl. § 1975 IV A d.